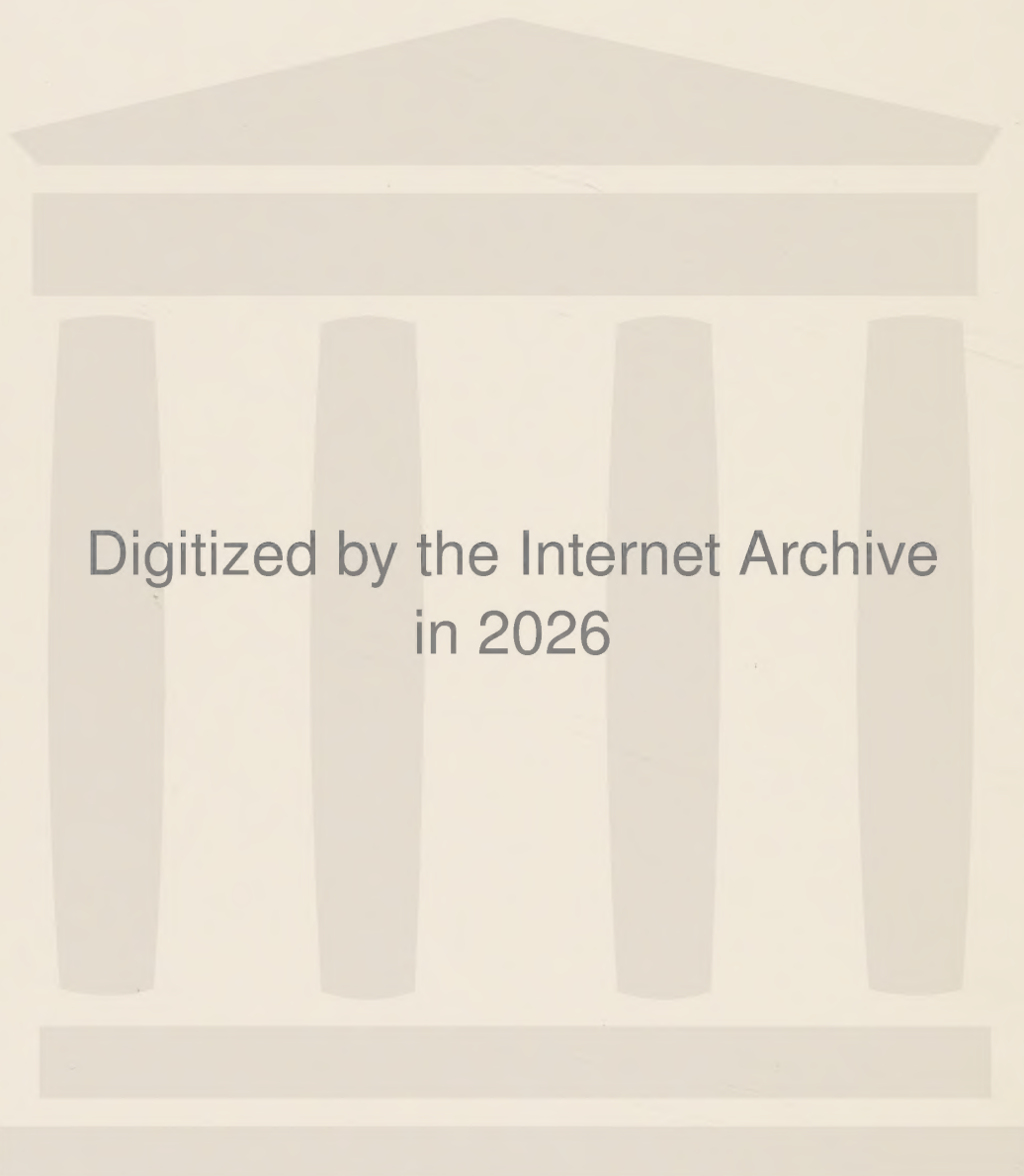


München 1968

**Prozessrechtliche Probleme der Nachbarklage
nach Bundesrecht**

Manfred Meyer



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555415_0021

Prozeßrechtliche Probleme der Nachbarklage
nach Bundesrecht

Inaugural - Dissertation
Zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Manfred Meyer

München 1967

Referent: Professor Dr. Theodor M a u n z

Korreferent: Privatdozent Dr. Heinrich Scholler

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 1968

Meinem Schwiegervater

Herrn Notar Dr. Hermann S c h w a a b

Gliederung

	Seite
Einführung	
<u>Kapitel I</u>	
Die Entwicklung der Nachbarklage in der Verwaltungsrechtsprechung	3
1. Die Rechtsprechung vor Erlaß des Bonner Grundgesetzes	3
2. Zusammenfassung	5
3. Die Entwicklung in der Rechtsprechung nach Einführung des Grundgesetzes	16
<u>Kapitel II</u>	
Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage	26
<u>Kapitel III</u>	
Das subjektiv-öffentliche Recht des Nachbarn auf Einhaltung nachbarschützender Baurechts- normen	38
1. Die Aufgaben des öffentlichen Baurechts	38
2. Die Voraussetzungen für das Entstehen eines subjektiv-öffentlichen Rechtes	40
3. Die Frage nach dem Schutzgut der Norm	43
4. Die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens	45
5. Das Schweigen des Gesetzgebers	50
6. Der Einfluß des Grundgesetzes auf die Bewertung der materiellen Position des Nachbarn	52
<u>Kapitel IV</u>	
Das Verhältnis von öffentlich-rechtlicher Nachbarklage zum privatrechtlichen Nach- barschutz	58
1. Die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete	58
2. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis	63
3. Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes	65
4. Die Anwendung der nachbarschützenden Normen des öffentlichen Baurechts als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs.2 BGB	69

5. Der Einfluß der Baugenehmigung auf die Rechte Dritter	76
--	----

Kapitel V

Der Baudispens und sein Einfluß auf die nachbarschützenden Normen	83
---	----

1. Die Kollision zwischen Nachbarschutz und Baudispens	83
2. Die Voraussetzungen für die Erteilung des Dispenses	87
3. Die Einwendungen des Nachbarn	96

Kapitel VI

Anfechtungsklage oder Verpflichtungsklage als die geeignete Klageform nach Erteilung der Baugenehmigung	101
---	-----

1. Darstellung der Problematik	101
2. Inhalt und Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage	107
3. Die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache	117
4. Der Widerspruch des Nachbarn gegen die Erteilung der Baugenehmigung	121

Kapitel VII

Der vorbeugende Rechtsschutz	129
1. Die Rechtslage vor Erteilung der Baugenehmigung	129
2. Die vorbeugende Unterlassungsklage	132

Kapitel VIII

Der vorläufige Rechtsschutz des Nachbarn im Anfechtungsverfahren	147
1. Darstellung der Problematik	147
2. Die Vereinbarkeit der Meinungen mit dem Inhalt der gesetzlichen Regelung nach § 80 VwGO	151
3. Der Umfang der aufschiebenden Wirkung	158
4. Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung bei unzulässigen Rechtsbehelfen	165

	Seite
5. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Baugenehmigungsbehörde	168
6. Die Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes	173
7. Die einstweilige Anordnung auf Einstellung der Bauausführung	183
8. Die Schadenstragung nach rechtskräftiger Ablehnung der Klage	187

Kapitel IX

Die Klage auf Erlaß einer Abbruchsanordnung	193
1. Der Anspruch auf Beseitigung des illegalen Bauwerkes auf Grund sicherheitsrechtlicher Vorschriften	193
2. Der Folgenbeseitigungsanspruch	201
3. Der Vertrauensschutz des Bauherrn	207
4. Die prozessuale Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruches	211

Literatur

- Bachof Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes, in DRZ 1950, 341 ff.
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951.
- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. S.287 ff. München 1955.
- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in JZ 1955/97 ff.
- Anmerkung zu einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes, in DVBl. 1961 S.128 ff.
- Baumbach-Lauterbach Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1965.
- Baur Der polizeiliche Schutz privater Rechte, in JZ 1962, 73 ff.
- Bender Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, in NJW 1966, 1989 f.
- Bettermann Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, in DVBl. 1953, 163 ff.
- Verwaltungsrecht und Richterspruch, in der Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955.
- Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, in DÖV 1955, 528 ff.
- Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners? Zu OVG Münster II A 397, 55 vom 14.9.1956 in MDR 1957, 130 ff.
- Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung, in JZ 1960, 335 ff.
- Die Verpflichtungsklage nach der Bundesverwaltungsgerichtsordnung, in NJW 1960, 649 ff.
- Gewerberechtliche Nachbarklage? in NJW 1961, 1097 ff.

- Bernhardt Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, in JZ 1963/302 ff.
- Böhm Nochmals: Die baurechtliche Behandlung öffentlicher Bauten, in DVBl. 1959/727 ff.
- Böhmer "Gefahrengemeinschaft" von Grundstücksnachbarn - eine Fehlkonstruktion, in MDR 1959/261 ff.
- Brohm Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, in res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 3, Stuttgart 1959.
- Brück Verwaltungsrecht und Prozeßrecht, in NJW 1960/2271 ff.
- Bühler Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart und Leipzig 1914.
- Buschlinger Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht, in DÖV 1965/374 ff.
- de Clerck Bauerlaubnis, Vollziehungsanordnung, Einstweilige Anordnung, in NJW 1961/2233 ff.
Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, in DÖV 1964/152 ff.
- Ozermak Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, in NJW 1962/776 ff.
- Dörffler Verwaltungsakte mit Drittwirkung, in NJW 1963/14 ff.
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. Berlin und Köln 1961.
- Engelhardt Anfechtungsklage - Vornahmeklage, in NJW 1956/1377 ff.
Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in JZ 1961/588 ff.
- Erning Der Widerruf begünstigender mangelhafter Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, in DVBl. 1960/467 ff.
Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und die Widerrufbarkeit des begünstigenden mangelhaften Verwaltungsaktes, in DVBl. 1960/188 ff.

- Evers Die Nachbarklage im Baurecht, in JUS 1962/87 ff.
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. München und Berlin 1964.
- Fenge Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, in DÖV 1956/392 ff.
- Fleiner Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Aufl., Tübingen 1928.
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961.
- Friesenhahn Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechtes, in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 2/239 ff. Stuttgart und Köln 1950.
- Frise Zum Entwurf eines Bundesbaugesetzes, in NJW 1956/613 ff.
- Fromm Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung? in BB 1962/985 f.
- Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, in DVBl. 1962/801 ff.
- Anmerkung zu einem Beschluß des OVG Lüneburg, in DVBl. 1963/565.
- v. Gehe Allgemeines Baugesetz und subjektiv-öffentliche Rechte, in FischersZ. Bd. 39/145.
- Gelzer Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht, in NJW 1958/325 ff.
- Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, in NJW 1959/1905 ff.
- Das neue Bauplanungsrecht, Köln 1964.
- Zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, in DÖV 1965/793 ff.
- Glaser Rechtsverhältnisse an der gemeinsamen Giebelmauer, in MDR 1956/449 ff.
- Rechtsprechung aus dem Bau - Grundstücks- und Nachbarrecht, Berlin 1958.
- Glaser-Dröschel Das Nachbarrecht in der Praxis, Berlin 1962.

- Haueisen Das formelle und subjektive Recht im Verwaltungsprozeß, insbesondere das Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens, in DVB1. 1952/52 ff.
- Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, in NJW 1960/1881 ff.
- Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, in NJW 1964/2037 ff.
- Anfechtbarkeit und Bestandskraft von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen, in NJW 1966/2340 ff.
- Heck Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in Arch Ziv Pr. 442 ff.
- Heintze Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, in NJW 1963/1430 ff.
- Henke Das subjektiv-öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, in DVB1. 1964/649 ff.
- Herr Unberechtigter Überbau und öffentliches Recht, in MDR 1957/340.
- Hodes Die Grenzmauer nach dem Entwurf zum Bundesbaugesetz, in JR 1959/201 ff.
- Holtzendorff Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. München 1913.
- Janicki Die Erteilung privatrechtsgestaltender behördlicher Genehmigungen nach unanfechtbarer Versagung, in NJW 1963/838 ff.
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1905. Neudruck 1919.
- Jellinek, Walter Die Bundesverweisung, in Festschrift für Carl Bilfinger, Heft 29 der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Köln und Berlin 1964.
- Jung Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, in NJW 1961/159 f.
- Kamm Beschwerdeberechtigung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in JUS 1961/146 ff.

Kammer	Anmerkung zu VG Braunschweig, in DVBl. 1953/612.
Kersten	Die Baugenehmigung als sachbezogener Verwaltungsakt, in BayVBl. 1961/233.
Klinger	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Göttingen 1960, 2. Aufl. Göttingen 1964.
Kniestedt	Nachbarklage und nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis, in DÖV 1962/89 ff.
König	Die Rechtsbehelfe nach dem Bayerischen Polizeirecht, in DÖV 1957/329 ff.
Koehler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1960.
Kratzer	Der Widerspruch, in BayVBl. 1960/165 ff.
Krüger	Ausnahmebewilligung und Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, in FischersZ 1934/269 ff.
Lamberg	Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, in NJW 1963/2154.
Lang	Anmerkung zu einer Entscheidung des Bay VGH, in BayVBl. 1958/382 f.
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2, Besonderer Teil, 4. Aufl. München und Berlin 1960.
Lehmann	Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DV 1948/134 ff.
Lerche	Zum Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, in BayVBl. 1956/295 ff.
Liermann	Zur Reform des baulichen Nachbarrechts, in Bauliches Nachbarrecht, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Bd. 4/45 ff.
Löwer	Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung (§ 80 I VwGO)? in DVBl. 1963/343 ff. Suspensiveffekt und Vollzugsanordnung, in DÖV 1965/829 ff.
Loppuch	Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten, in NJW 1953/9 ff.

- Lücke Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in Arch.Öff.R.Bd.84 185 ff.
- Der Umfang der materiellen Rechtskraft der Anfechtungsklage, in JuS 1961/188 ff.
- Mang Befristung des Widerspruchs, nach § 58 Abs. 2 VwGO, in BayVBl. 1964/396 f.
- Mangels Die Aufhebung des rechtswidrigen Vollzuges angefochtener Verwaltungsakte, in NJW 1961/351 ff.
- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. München 1964.
- v. Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1957.
- Mang-Simon Kommentar zur Bayerischen Bauordnung, 1. und 2. Aufl., München 1965, Stand 1. März 1965.
- Martens Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, in JuS 1962/245 ff.
- Maunz Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl. München und Berlin 1968.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1-6, München und Berlin 1963.
- Mayer, F Verfahrensprinzipien der Verwaltung, in BayVBl. 1960/332 ff.
- Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, in der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Heft 14/36.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 3. Aufl. München 1924.
- Meisner-Stern-Hodes Nachbarrecht im Bundesgebiet und Westberlin mit Ausnahme des Landes Bayern, 4. Aufl. Berlin 1962.
- Menger System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
- Meyer, Klaus Verhältnis von privater und öffentlich-rechtlicher Nachbarklage, in DWW 1962/133 ff.
- Nochmals: Der Widerspruch des Nachbarn, in NJW 1964/710 f.

- Meyer-Stich-Tittel Bundesbaurecht in v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. 5.
Köln, Berlin, Bonn, München 1966.
- Mühl Baurecht und Privatrechtsordnung,
in NJW 1958/769 ff.

Grundlage und Grenzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses,
in NJW 1960/1133 ff.
- Müller Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung,
in DÖV 1965/38 ff.
- Naumann Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht,
Gedächtnisschrift für W. Jellinek S. 391 ff.; München 1955.
- Niese Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklage im Verwaltungsprozeß, in JZ 1952/353 ff.
- Obermayer Die verwaltungsgerichtlichen Klagen,
in BayVBl. 1960/208 ff.

Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, in JuS 1963/110 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
22. Aufl. München und Berlin 1963.
- Peters Der Dritte im Baurecht, in DÖV 1965/744 ff.
- Pfeifer Verpflichtungsklage bei Ermessensakten,
in DÖV 1962/776 ff.
- Pietzonka Der Nachbar im Baurecht, in NJW 1954/118 ff.

Der baurechtliche Dispens, in NJW 1957/1582 ff.

Der Bauherr und sein Nachbar im Verwaltungsprozeß, in BBauBl. 1958/66 ff.
- Quaritsch Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, in VerwArch Bd. 51/210 ff. und 342 ff.
- Radbruch Der Zweck des Rechts, in der Mensch im Recht.
2. Aufl. Göttingen 1961.

Redeker	Nachbarklage - öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich? in NJW 1959, 749 ff.
Redeker-v. Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart 1965.
Ringe	Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, in DVBl. 1958, 378 ff.
Ruckdäschel	Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in DÖV 1961, 675 ff.
Rüfner	Materielle Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenzes, in DVBl. 1963, 609 ff.
Rumpelt	Ausgabe des allgemeinen Baugesetzes vom 1. Juli 1900, 3. Aufl. 1904.
Rupp	Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, in DVBl. 1958, 113 ff.
Schäfer	Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung, in DVBl. 1960, 837 ff. Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung? in DVBl. 1962, 844 ff.
Schattenfroh	Vorläufige Bauerlaubnis und Verwaltungsgerichtsgesetz, in BayVBl. 1959, 142 ff.
Scheerbarth	Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik auf Abwegen? in DVBl. 1960, 185 ff. Das allgemeine Bauordnungsrecht, Köln 1962.
Scheuner	Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, in DÖV 1955, 545 f.
Schiedermaier	Einführung in das Bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961.
Schrödter	Kommentar zum Bundesbaugesetz, Berlin und Frankfurt 1964.
Schröer	Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, in DÖV 1966, 228 ff.

- Schütz-
Frohberg Kommentar zum Bundesbaugesetz,
Neuwied 2. Aufl. 1962.
- Sellmann Entwicklung und Problematik der öffent-
lich-rechtlichen Nachbarklage im Bau-
recht, in DVBl. 1963/273 ff.
Die Problematik der Verwaltungsrechte
mit Drittwirkung, in NJW 1964/1547.
- Seufert Anmerkung zu dem Urteil des OLG München
in NJW 1959/1184.
- Siegmund-
Schultze Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei
der Anfechtung von Verwaltungsakten, in
DVBl. 1963/755 ff.
- Simon Baugenehmigung und sofortiger Vollzug,
in BayVB1. 1966/267 f.
- Sorgel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
Band 3, 9. Aufl. Stuttgart 1960.
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
10. Aufl. Berlin.
- Stich Die Verwirkung prozessualer Befugnisse
im Verwaltungsstreitverfahren, in DVBl.
1956/325 ff.
- Theuerkauf Abänderung unanfechtbarer Verwaltungs-
akte und Drittinteresse, in DVBl. 1964/
386 ff.
- Thiel Baurechtssammlung, Rechtsprechung der
Verwaltungsgerichte und anderer Gerichte
aus dem Bau- und Bodenrecht, sowie Ent-
eignungs- und Wegerecht.
Düsseldorf.
- Thoma Das System der subjektiven öffentlichen
Rechte und Pflichten in Anschütz-Thoma,
Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Bd. III 607 f.
- v. Turegg-
Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl.
bearbeitet von Erwin Kraus, Berlin 1962.
- Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit, in v. Brau-
chitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes
und der Länder, Bd. 1, 2 Halbband 2.
Aufl.
Köln und Berlin 1962.
- Weidemann Anmerkung zu einem Urteil des VGH Kassel,
in NJW 1967/124.

- Werner Das Problem der Kodifikation des Bau-
rechts, in DVBl. 1952, 261 ff.
- Westermann Bauliches Nachbarrecht, Schriftenreihe
des Bundesministers für Wohnungsbau,
Bd. 4, 9 ff.
Lehrbuch des Sachenrechts,
4. Aufl. Karlsruhe 1960.
- Weyreuther Die Beiladung des Nachbarn im Verwal-
tungsstreitverfahren des Bauunterneh-
mers, in MDR 1956, 518 ff.
- Wilhelm Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe
nur bei Zulässigkeit? in BayVBl. 1965,
199 f.
- Wöckel Aufschiebende Wirkung unzulässiger
Rechtsbehelfe nach den Verwaltungsge-
richtsgesetzen, in BayVBl. 1958, 108 ff.
- Wolff Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch,
4. Aufl.
München und Berlin 1961.
- Wolff-Raiser Lehrbuch des Sachenrechts,
10. Aufl. Tübingen 1957.
- Zinkahn Baurechtliche Vorschriften des Bundes
und Länder, Textsammlung München-Berlin
1957.

Abkürzungen

Arch.ö.R.	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch.ziv.Pr.	Archiv für die zivilistische Praxis
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BBauBl.	Bundesbaublatt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
FischersZ	Fischerszeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Vergleiche im übrigen zu den gebrauchten Abkürzungen:

Kirchner "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache",
Berlin 1957.

E i n f ü h r u n g

Die öffentlich-rechtliche Nachbarklage wird heute zum überwiegenden Teil von Lehre und Rechtsprechung im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes anerkannt, wenn auch über den Umfang der Rechtsstellung des Nachbarn und über die Frage, welchen Bestimmungen des öffentlichen Baurechts nachbarschützender Gehalt beizumessen ist, nach wie vor verschiedene Ansichten vertreten werden.¹⁾ Die Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage kann heute unter der Geltung des Grundgesetzes nur unter Verstoß gegen Artikel 19 Absatz 4 GG allgemein verneint werden.²⁾

Demgegenüber bilden sowohl die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Klage als auch die gesamte Abwicklung des nachbarlichen Rechtsschutzes ein Problem, das noch keine einheitliche und abschließende Lösung erfahren hat. Diese rechtliche Unsicherheit läßt sich darauf zurückführen, daß das uneinheitlich gewachsene materielle Baurecht jeweils auf verschiedene Arten von Rechtsschutzsystemen gestoßen ist. Mit der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel wurde zwar die Möglichkeit der gerichtlichen Nachprüfung von Entscheidungen auf dem Gebiete des Baurechts erweitert, eine ausreichende ausdrückliche prozessuale Regelung der verfahrensrechtlichen Besonderheiten der Nachbarklage erfolgte aber nicht.³⁾ So ist auch nach Erlass der Verwaltungsgerichtsordnung die prozessuale Behandlung von Verwaltungsakten

1) Vgl. OVG Münster Urt.v.10.9.1957, OVG 13/6; OVG Hamburg Urt.v.9.4.1959 in DVBl.1959/822; weiterhin die Aufsätze von Redeker in NJW 1959/749 ff; Rübner in DVBl.1963/609 ff; Sellmann in DVBl. 1963/273 ff.

2) Vgl. BVerwG Urt.v.5.10.1965 in BayVBl.1966/91 ff.

3) Vgl. dazu Gelzer in DÖV 1965/793 ff.; Bernhardt in JZ 1963 S. 302 ff.

mit Drittwirkung, zu denen die mit einem Dispens erteilte Baugenehmigung zählt, immer wieder Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung, ohne daß sich in absehbarer Zeit eine Klärung dieses gesamten Fragenkomplexes durch das Bundesverwaltungsgericht abzeichnet.⁴⁾

Die Wirksamkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Baurecht wird jedoch in starkem Maße von einer einheitlichen, der Rechtssicherheit dienenden Ausgestaltung des Verfahrens bestimmt. Gerade im Hinblick auf das rechtssuchende Publikum und die Baugenehmigungsbehörden, die sich immer wieder mit den prozessualen Fragen der Nachbarklage auseinanderzusetzen haben, bedarf es fester Anhaltspunkte für den Gang des Verfahrens.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, den gesamten Ablauf des nachbarlichen Rechtsschutzes darzustellen und für die auftretenden Rechts- und Zweifelsfragen Lösungen zu finden, die sich sowohl an den geltenden Verfahrensgrundsätzen des Verwaltungsprozeßrechts orientieren als auch den praktischen Anforderungen bei der Handhabung der Baurechtsmaterie gerecht werden.

4) Vgl. Dörffler in NJW 1963/14 ff.
Haueisen in NJW 1964/2037 ff.

Kapitel I

Die Entwicklung der Nachbarklage in der Verwaltungsrechtsprechung

1. Die Rechtsprechung vor Erlaß des Bonner Grundgesetzes

Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung und dem Schrifttum kann davon ausgegangen werden, daß der Nachbar gegen eine Baugenehmigung insoweit ein Klagerecht besitzt, als es sich um die angebliche Verletzung von Normen des öffentlichen Baurechts handelt, die allein oder zumindest auch zum Schutz seines Individualinteresses bestimmt sind.¹⁾ Für die Bestimmung der Klagebefugnis des Nachbarn kommt es also darauf an, ob die einzelnen Normen des öffentlichen Baurechts ihm ein subjektiv-öffentliches Recht auf deren Einhaltung verleihen und nicht bloß einen Rechtsreflex darstellen, der dem Nachbarn zwar tatsächlich zugute kommt, ihm jedoch kein Klagerecht einräumt. Bei der Beurteilung der sog. nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts ist auch heute noch, im Hinblick auf die in Rechtsprechung und Schrifttum auftretenden Meinungsverschiedenheiten die Frage nach dem subjektiv-öffentlichen Recht von großer Bedeutung.²⁾

Daher soll im folgenden die Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage in der Verwaltungsrechtsprechung und die Kriterien der Abgrenzung des subjektiv-öffentlichen Rechts vom bloßen Rechtsreflex dargestellt werden.³⁾

1) Vgl. Bay.VGH VerwRspr. 5 (1953) S.207.
Bay.VGHE 5 a.F.(1952) S.119; OVG Münster
DVBl. 57,358; 58,66; 59,102; OVG Lüneburg
DVBl. 59,820; VGH Kassel DVBl. 62,724.

2) Vgl. Bernhardt JZ 1963/302.

3) Vgl. Sellmann DVBl. 63,273ff; Dörffler NJW 1963, 16.

Mit der Frage, ob der durch die Baugenehmigung beeinträchtigte Nachbar der Baubehörde gegenüber ein Recht auf Einhaltung der ihn begünstigenden Normen hat und die Erteilung der Baugenehmigung auf dem Verwaltungsgerichtswege anfechten kann, hat sich das Preußische Obergerverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 30.4.1877 ⁴⁾ erstmals auseinandergesetzt. In dieser Entscheidung führte das Gericht zur Nachbarklage aus:

" Wie alle polizeilichen Vorschriften ihrer Natur nach nicht das Einzelinteresse, sondern lediglich die Interessen der Gesamtheit oder doch diejenigen eines weiteren unbestimmten Kreises von Beteiligten zur Grundlage und zugleich zum Ziele haben, sind auch die baupolizeilichen Bestimmungen zunächst auf Rücksichten des Gemeinwohls zurückzuführen. Dies schließt zwar nicht aus, daß der Eigentümer von Grund und Boden insoweit er an dessen Bebauung durch derartige Bestimmungen behindert würde, hiergegen kraft subjektiven Rechtes im Verwaltungsstreitverfahren klagbar werden kann. Das Recht zur freien Verfügung über das Eigentum begreift an sich auch die unbeschränkte Befugnis zum Bauen in sich; nur insoweit, wie das positive Gesetz oder die in solchen zugelassenen polizeilichen Bestimmungen Schranken ziehen, tritt jene Befugnis zurück.

Der Dritte dagegen, der Nichteigentümer, kann zwar unter Umständen ein nicht minder dringendes Interesse daran haben als der Eigentümer selbst, daß der Baukonsens nach einer bestimmten Richtung hin erteilt oder nicht erteilt werde. Ein subjektives Recht hierauf hat er aber nicht und das selbst dann nicht, wenn etwa die einzelne baupolizeiliche Bestimmung, welche er zur Geltung gebracht sehen wünscht, neben den zunächst maßgebenden öffentlichen allgemeinen bis zu einem gewissen Grade auch die besonderen Interessen des Nachbarn zu schützen bestimmt sein mag. Sein Interesse steht wie das der Gesamtheit lediglich unter dem allgemeinen Schutze einer geordneten Verwaltung; er kann dasselbe - gleich jedem anderen Staatsbürger - durch Hinweisung der Polizeiverwaltung auf das Gesetz, durch Anzeigen von Zuwiderhandlungen und durch Beschwerden im Verwaltungswege zur Geltung zu bringen versuchen. Eine Klage steht so wenig ihm wie irgendeinem ganz unbeteiligten anderen Dritten zu - es sei denn, die privatrechtlich zu begründende Klage bei dem ordentlichen Richter. "

10) PrOVGE 2, 351 ff.

Aus dieser Urteilsbegründung läßt sich der Standpunkt des PrOVG zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage klar erkennen. Bei den öffentlich-rechtlichen Baurechtsnormen handelt es sich um Polizeivorschriften, die nur im Allgemeininteresse erlassen sind und dem Einzelnen kein Klagerecht auf deren Einhaltung verleihen. Etwaige tatsächliche Berücksichtigungen nachbarlicher Belange in diesen Normen müssen hinter den öffentlichen Belangen zurücktreten. Der Nachbar kann nur auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen werden. Das Preuß. OVG ging in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß die Baurechtsnormen ausschließlich im öffentlichen Interesse und nicht dem Individualinteresse zu dienen bestimmt sind. Da die Baurechtsnormen nur im Rahmen des Polizeirechts gesehen wurden, konnte die Baugenehmigung die Rechte des Nachbarn nicht beeinträchtigen. Ein öffentliches Rechtsverhältnis bestand nur in der Beziehung des Bauwilligen zur Baubehörde.⁵⁾ In der Entscheidung vom 11.2.1887 führte das Gericht dazu aus:

" Wenn der Bauwillige von der ihm erteilten Erlaubnis Gebrauch macht und baut, so vollzieht sich dieser Vorgang lediglich in Ausübung des dem Bauherrn zustehenden Baurechts, es erscheint, wenn dadurch der Nachbar etwa beeinträchtigt wird, als eine Kollision zwischen zwei Privaten im Gebrauch ihres beiderseitigen Eigentums, die ihre Lösung nicht vor den Verwaltungs- sondern vor den Zivilgerichten zu finden hat."

Der Nachbar konnte also nur durch den Bauherrn, nicht durch das Handeln der Baubehörde in seinen Rechten verletzt werden. In diesem Fall ergab sich dann nur eine Zuständigkeit der Zivilgerichte.⁶⁾ Für das Preuß. OVG tauchte daher bei der Beurteilung der Rechtslage im Falle der Erteilung einer Baugenehmigung nicht das Problem der Doppelwirkung eines Verwaltungsaktes auf.

5) Pr OVG E 14,378ff.; vgl. auch Pietzonka NJW 54,1181 mit weiteren Nachweisen.

6) Pr OVG E 61,175.

Im Rahmen des damals geltenden Enumerationsprinzips genoss die materielle Rechtsposition nur dann verwaltungsgerichtlichen Schutz, wenn ausdrücklich das Bestehen des Verwaltungsrechtsweges durch eine gesetzliche Bestimmung festgestellt war und im Einzelfall eine subjektiv-öffentliche Berechtigung bestand.

So war nach den Sonderregelungen der §§ 16 ff. RGewO und den §§ 15 ff. des Preuß. Ansiedlungsgesetzes ein besonderer Rechtsschutz ausdrücklich gesetzlich geregelt. Über diesen gesetzlich fixierten Rahmen hinaus hat das Gericht die öffentliche Nachbarklage in ständiger Rechtsprechung abgelehnt.⁷⁾

Ebenso stand der Württembergische Verwaltungsgerichtshof auf dem Standpunkt, daß die öffentlichen Baurechtsnormen nur im Allgemeininteresse erlassen sind und die Nachbarn auf die Behauptung, daß die Vorschriften der Bauordnung einem anderen gegenüber zu ihrem Nachteil nicht eingehalten seien, unter keinen Umständen eine Rechtsbeschwerde stützen können.⁸⁾ Nur in den Fällen, in denen ein gegen die bestehenden Bauvorschriften verstoßender nachbarschädlicher Dispens unmittelbar und nicht unerheblich in den Rechtskreis des Nachbarn eingriff, konzedierte der Württ. VGH dem Nachbarn ein Klagerecht.⁹⁾ Diese Entscheidungen stellen einen Sonderfall in der Rechtsprechung des Württ. VGH dar. In seiner Entscheidung vom 10.4.1929¹⁰⁾ hat das Gericht noch einmal abschließend zu diesem Komplex festgestellt:

7) Vgl. Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung S. 347 Fußnote 122; s. die Entscheidungen Nr. 046 E 38 359 38.3 6 61, 75 70.375 78.255.

8) Württ. Archiv Bd. 22, 267; Amtsblatt 1883 S. 246, 1890 S. 117.

9) Vgl. dazu Sellmann a.a.O. S. 275 Anm. 14.

10) Abgedr. bei Reger: Entscheidungen der Gerichte u. Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung Bd. 50 (1930) S. 311 f

2) Es kommt hinzu, daß durch § 62 OBG ebenso wie durch Art. 52 BauO selbst, worauf er sich gründet, als rein polizeirechtliche Vorschrift kein persönlicher Rechtsanspruch für die beteiligten Nachbarn gegen die Baubehörde als Trägerin der öffentlichen Gewalt auf Schutz gegen Nachteile der bezeichneten Art (hier sog. Bauwich) oder etwas gegen den Bauenden selbst auf Unterlassung schädigender Bauausführungen begründet ist und begründet werden wollte, vielmehr wird damit lediglich objektiv, ohne Schaffung von persönlichen Rechtsbeziehungen zu Dritten den Baupolizeibehörden rechtsverbindliche Weisung dafür gegeben, ob und welche Beschränkungen sie in Fällen solcher Art dem Bauenden zugunsten des Nachbarn auferlegen können und gegebenenfalls müssen, wodurch sich für diese ein bloß tatsächlicher Schutz ihrer Interessen ergibt. 2)

Das Gericht lehnt auch hier einen Rechtsanspruch des Nachbarn ab und beläßt es bei dem rein tatsächlichen Schutz, der sich aus der Norm ergeben kann. In Art. 116 der BauO vom 28.7.1910 war hinsichtlich des Dispensationsrechtes zwar bestimmt, daß ein Dispens gewährt werden könne, "soweit Rücksichten auf die Allgemeinheit nicht entgegenstehen und dem Recht oder erheblichen Interessen Dritter kein Eintrag geschieht." Die Formulierung dieses Artikels hat der Württ. VGH jedoch nicht als einen Hinweis auf das Vorhandensein subjektiv-öffentlicher Berechtigungen angesehen. Bühler weist darauf hin, ¹¹⁾ daß die Motive zur Württ. BauO ausdrücklich in den Art. 30, 40 den Schutz des Nachbarn miteinbezogen. Die ständige Rechtsprechung des Gerichts ging jedoch davon aus, daß diese Vorschriften lediglich polizeirechtlicher Natur sind und beschränkte den Nachbarn auf den rein tatsächlichen Schutz, den er zwar genießen konnte, auf den er jedoch keinen Rechtsanspruch hat.

Auch der Badische Verwaltungsgerichtshof hat die öffentlich-rechtliche Nachbarklage in ständiger Rechtsprechung abgelehnt. Schon in einer Entscheidung vom 8.4.1873 ¹²⁾ hatte das Gericht die Voraussetzung für

11) Bühler a.a.O. S. 347.

12) Bühler a.a.O. S. 477.

ein subjektiv-öffentliches Recht und eine sich daraus ergebende Klagebefugnis gefordert, daß "die klagende Partei, gestützt auf eine für die Streitenden bindende Rechtsnorm, zu behaupten vermag, daß die beklagte Partei eine Handlung begangen oder unterlassen habe, welche sie der klagenden gegenüber gemäß jener Norm unterlassen oder vornehmen müsse." Der VGH hat die Normen des öffentlichen Baurechts jedoch nicht als zwingende Rechtssätze in diesem Sinn angesehen, die dem Nachbarn subjektiv-öffentliche Rechte gewähren. In der Entscheidung vom 20.3.1889 ¹³⁾ wurde hervorgehoben, der zwingende Rechtssatz erzeuge subjektiv-öffentliche Rechte nur dann, wenn er der Sicherung der Interessen des Individuums gegenüber der Verwaltung mit besonderer Wirkung zu dienen bestimmt sei.

In seiner letzten Entscheidung vom 12.6.1930 ¹⁴⁾ gab der Bad. VGH zusammenfassend eine abschließende Stellungnahme zur öffentlichen Nachbarklage ab. Er wendete sich gegen die Zulässigkeit der Klage mit folgender Argumentation:

Bei der Baugenehmigung handele es sich um eine hoheitliche Verfügung mit der Feststellung, daß dem Baugesuch aus den zur Zeit des Bauantrages geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen keine Hindernisse entgegenständen und diese Genehmigung unbeschadet der Rechte Dritter erlassen würde. Aus diesem Grunde entstehe nur zwischen dem Bauwerber und der genehmigenden Baubehörde ein öffentliches Rechtsverhältnis, an dem der Nachbar in keiner Weise beteiligt sei. Nicht die Baubehörde, sondern nur der Bauwerber könne durch die Durchführung des Bauvorhabens die Belange des Nachbarn verletzen. Die sich daraus ergebenden Konflikte seien auf dem Zivilrechtswege auszutragen. Es gäbe

13) Bühler a.a.O. S.478 in Anm. 312.

14) Zeitschr. f. Bad. Verwaltg. u. Verwaltungsrechtspflege 64. Jahrg. (1932) S. 27 ff. (zit. nach Seilmann a.a.O. Anm. 11 S. 274.

keinen Anspruch eines Beteiligten gegenüber der Bau-
behörde, mit dem der Nachbar den Erlaß der Baugeneh-
migung verhindern oder ihre Abänderung erzwingen kön-
ne.

Vergleicht man diese Argumentation mit der des Preuß.
OVG in seiner Entscheidung vom 30.4.1877, so wird er-
sichtlich, daß beide Gerichte bei der Beurteilung der
Stellung des Nachbarn im öffentlichen Baurecht von den
gleichen Voraussetzungen ausgingen. Sie erkannten
nicht an, daß die Baurechtsnormen ausdrücklich ge-
wollte Begünstigungen zugunsten des Nachbarn enthal-
ten und lehnten somit ein subjektiv-öffentliches
Recht auf Einhaltung tatsächlich nachbarschützender
Vorschriften ab.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof konnte als ober-
stes bayerisches Verwaltungsgericht zu dem Problem der
Nachbarklage keine Stellung nehmen, da ihm für diese
Klagen die Zuständigkeit versagt war.¹⁵⁾ In Bauange-
legenheiten entschieden die Kreisregierungen, Kammern
des Innern, im zweiten und letzten Instanzenzug. Hin-
sichtlich der Zulässigkeit der Nachbarklage ist die
bayerische Ansicht mit der des Preuß. OVG zu verglei-
chen. Ausgehend vom Enumerationsprinzip war auch nur
in den Fällen eine Klage möglich, in denen gesetzlich
ein Rechtsschutz festgelegt war.¹⁶⁾

Im Gegensatz zu den genannten Gerichten hat das
Sächsische Obergerverwaltungsgericht die materielle
Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht erheblich
stärker ausgestaltet.¹⁷⁾

15) Bühler a.a.O. S.370; vgl. auch Handbuch der
inneren Verwaltung für Bayern rechts des Rheins,
herausgegeben von J. v. Henle (1925) S.679.

16) Bühler a.a.O. 489.

17) Bühler a.a.O. S.439; vgl. dazu bei Krüger, Aus-
nahmebewilligung und Widerspruch des Nachbarn
im Baurecht, Fischers Z. Bd. 34 S. 269 ff.
die Zusammenstellung der Rechtsprechung des
Sächs. OVG.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Normen des öffentlichen Baurechts dem Nachbarn subjektiv-öffentliche Rechte gewähren können, versuchte das Gericht, das Wesen dieses Rechtes festzustellen. Nach seiner Ansicht (Entsch. Bd. 13 S. 4 ff.) stellt sich das Wesen des subjektiv-öffentlichen Rechtes dar, als "die Befugnis des Einzelnen für sich gewisse öffentlich-rechtliche Normen anzurufen, die ihm vermöge ihrer besonderen Natur dergestalt eine rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt verleihen, daß er letztere behufs Schutzes seiner Interessen zum Einschreiten zwingen darf." Unter diesem Gesichtspunkt ging das Sächs. OVG nicht davon aus, daß die Normen des öffentlichen Baurechts lediglich dem Allgemeininteresse zu dienen bestimmt sind, sondern es prüfte bei jeder der in Frage kommenden Vorschriften die Zweckbestimmung der Norm, d.h. ob diese nur im Allgemeininteresse oder auch zum Schutz von Individualinteressen erlassen ist, wobei das Gericht in seiner Entscheidung Bd.9/217 unter ausdrücklicher Berufung auf Jellinek (System der subjektiv-öffentlichen Rechte) ausführte, daß der zu schützende Rechtskreis des Nachbarn dem öffentlichen Recht angehöre und der Nachbar kein Privatrecht, sondern ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutz habe.

Nachdem das Sächs. OVG schon in seiner Entscheidung vom 26.3.1902 ¹⁸⁾ festgestellt hatte, daß die öffentlich-rechtliche Nachbarklage zulässig sei, "wenn die Bauerlaubnis unter Verletzung von Bauvorschriften erteilt werde, die dazu bestimmt sind, die Interessen und Rechte des Nachbarn zu schützen", machte es in einer späteren Entscheidung vom 19.4.1902 ¹⁹⁾ zur Nachbarklage folgende Ausführungen:

* Durch die ortsgesetzliche Regelung der Bebauung erhält das wirtschaftliche und ideelle Interesse,

18) Sächs. OVG Jahrb. 2,77.

19) Jahrb. 2/302 (zit. nach Sellmann a.a.O. S.276.

welches jeder Besitzer bebauungsfähiger Grundstücke an deren baulicher Ausnutzung naturgemäß hat, den Charakter eines zugleich auch rechtlich geschützten Interesses. Es wird hierdurch eine gesetzliche Gewähr nicht nur für den zulässigen Umfang, sondern auch dafür geschaffen, daß eine andere Bebauung als die ortsgesetzlich festgestellte nicht stattfinden darf. Das Ortsgesetz verleiht somit dem in seinem Geltungsbereiche gelegenen Grund und Boden eine ganz bestimmte baurechtliche Eigenschaft, die ihm nicht ohne weiteres genommen werden kann und schafft die wesentliche Grundlage für seine wirtschaftliche Bewertung. Nun darf zwar die Kreishauptmannschaft Abweichungen von ortsgesetzlichen Bauvorschriften auch dann genehmigen, wenn hierdurch rechtlich geschützte Interessen Dritter berührt werden. Eine solche Ausnahmebewilligung bedeutet aber diesfalls einen unmittelbaren Eingriff in diesen rechtlichen geschützten Interessenkreis, gegen welchen den hiervon Betroffenen ... ein Widerspruchsrecht zusteht. Dem letzteren kann aber nicht bloß eine formale, es muß ihm vielmehr eine materielle Bedeutung in dem Sinne beigemessen werden, daß der Widerspruch sachlich zu prüfen und über ihn sachlich zu entscheiden ist, denn anderenfalls würde der durch die ortsgesetzlichen Bauvorschriften gewährleistete Schutz der rechtlichen Interessen vollständig illusorisch werden ... - Bedeutet nun aber eine Abweichung von ortsgesetzlichen Bauvorschriften, durch welche Rechte oder rechtlich geschützte Interessen eines Dritten berührt werden, einen Eingriff in dessen Rechtskreis, so darf sie auch nur unter denselben Voraussetzungen bewilligt werden, unter denen die Verwaltungsbehörden überhaupt zu einem Eingriff in private Rechtsverhältnisse befugt sind. Nach allgemeinen Grundsätzen ist das nur dann der Fall, wenn eine solche Maßregel mit Rücksicht auf das überwiegende öffentliche Interesse nicht nur wünschenswert oder zweckmäßig, sondern geboten erscheint. "

Dieses Urteil bildete den Ausgangspunkt für eine Rechtsprechung, in der hinsichtlich der Vorschriften über eine bestimmte Gebäudehöhe²⁰⁾, über den Bauwich²¹⁾ und über die offene Bauweise²²⁾ der Nachbarschutz bejaht wurde.

Während das Preuß. OVG forderte, daß "eine wirkliche Verletzung der Rechte des Klägers, ein unmittelbarer Eingriff in sie, nicht bloß ein Berühren seiner Un-

20) Urt. v. 4.3.1903 Jahrb. 4 188.

21) Urt. v. 15.7.1903 Jahrb. 4 189.

22) Urt. v. 19.5. u. 25.7.1906, Jahrb. 9, 15 u. 9 216.

teressen" ²³⁾ für die Klage des Nachbarn erforderlich sei, ging das Sächs. OVG davon aus, daß eine Ausnahmebewilligung, durch die rechtlich geschützte Interessen Dritter berührt werden, vom Betroffenen angefochten werden könne. Eine Norm, die tatsächlich nachbarschützenden Charakter habe, gebe grundsätzlich auch dem Nachbarn ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung dieser Norm durch die Baubehörde. Wollte die Baubehörde zu Ungunsten des Nachbarn von diesen nachbarschützenden Normen abweichen, so sei das nur dann möglich, wenn überwiegend öffentliche Interessen es erfordern, ansonsten sei die Behörde auf den Widerspruch des Nachbarn hin an die Einhaltung dieser Norm gebunden.

Diese Rechtsauffassung führte jedoch in der Folgezeit zu unvermeidbaren Konsequenzen. Da es bei der Ausnahmebewilligung meistens nur um die privaten Belange des Bauwilligen ging und höchst selten ein öffentliches Interesse eine Ausnahmebewilligung zugunsten des Bauwilligen erforderte, konnte der Nachbar mit seinem materiellen Widerspruchsrecht praktisch jede, wenn auch sachlich gebotene, Ausnahmebewilligung, die irgendwie seine Interessen berührte, verhindern. Das Gericht stellt nicht auf die Schwere und Unzumutbarkeit des Eingriffs ab mit der Folge, daß dem Nachbarn in jedem Fall ein Klagerecht gegen die erteilte Baugenehmigung zugesprochen wurde. Bei seinen Entscheidungen ging das Gericht anfangs von dem Grundsatz aus, daß "jedes irgend bestehende Interesse des Nachbarn zur Widerspruchsbegründung genüge und die Ablehnung des Dispenses rechtfertige." Der Widerspruch rechtfertige sich aus der Vorschrift selbst, ohne daß es eines besonderen Beweises für die Benachteiligung des Nachbargrundstückes bedürfe,

²³⁾ Preuß. OVG E. 61.175.

folglich genüge der Widerspruch allein zur Ablehnung des Dispenses, wenn nicht gewichtige öffentliche Interessen für das Gegenteil sprächen.²⁴⁾

Das OVG hat praktisch nur in den Fällen, in denen den Bestimmungen der Charakter von Dienstanweisungen gemeint sind damit Anweisungen an die Behörde, die Errichtung von fehlerhaften Bauwerken zu verhindern; sie sollen nur der Allgemeinheit und nicht dem Rechtsschutz nachbarlicher Interessen dienen - den Nachbartschutz verneint.²⁵⁾

Die Begründung eines materiellen Widerspruchsrechts in allen Fällen, in denen gegen den Willen des Nachbarn von nachbarschützenden Normen dispensiert wurde, führte jedoch dazu, daß der Nachbar bei nahezu jeder Dispenserteilung die Baugenehmigung zu beseitigen suchte. Da aber in § 7 des Baugesetzes vom 1.7.1900 Befreiungen in Einzelfällen gesetzlich vorgesehen waren, wurde durch die anfängliche Rechtsprechung des Gerichts diese Regelung nahezu illusorisch, da die starke nachbarrechtliche Stellung dem Willen des Gesetzes praktisch zuwiderlief.²⁶⁾

Das Gericht hielt zwar daran fest, daß die Frage, ob jemand an einem öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Verhältnis zu beteiligen sei, nicht von seinen rechtlichen Befugnissen und Beziehungen abhinge, in denen er zu der in Frage kommenden Verwaltung stehe, das Beteiligtsein sei vielmehr etwas Tatsächliches,²⁷⁾ forderte jedoch, um die uferlose Ausweitung der Nachbarklage zu verhindern, neben dem formellen Widerspruch des Nachbarn eine bestimmte Schwere und Unzumutbarkeit des Eingriffs.

24) Krüger a.a.O. S. 272; Fischers Z. 22/36, 28/155, 29/157.

25) Bühler a.a.O. S. 439.

26) So Rumpelt, Ausgabe des allgemeinen Baugesetzes vom 1. Juli 1900, Anm. zu § 7; Krüger a.a.O. S. 276.

27) Urt. v. 18.1.1935, Krüger, Verw.Archiv Bd. 41 177.

So wurde z. B. der Widerspruch des Nachbarn gegen die Erteilung der Baugenehmigung, der erkennbar nur eingelegt war, um einen materiellen Vorteil in Form einer Ablösesumme zu erlangen, vom Gericht "als arglistige und noch dazu unzulässige Rechtsausübung" abgewiesen.²⁸ In der Entscheidung vom 23.11.1910²⁹⁾ wurde für den Erfolg der Klage "ein unmittelbar schädlicher Einfluß auf benachbarte Grundstücke oder deren Bewohner, ein bestimmtes und nachteiliges Einwirken, das auch für die zu entscheidenden Behörden erkennbar ist," verlangt.

Während das Preuß. OVG die Nachbarklage vollständig ablehnte und so der Schwierigkeit aus dem Wege ging, zwischen beachtlicher und unbeachtlicher Verletzung nachbarlicher Interessen zu unterscheiden, differenzierte das Sächs. OVG nach dem Grad der Verletzung die Schutzwürdigkeit des Nachbarn. Diese Rechtsprechung konnte der Sachlage besser gerecht werden und die Klage des Nachbarn im Falle von schutzwürdigen Eingriffen in seine Rechte zulassen, sie jedoch ablehnen, wenn der Nachbar ohne schutzwürdige Beeinträchtigung auf Grund seiner formellen Rechtsposition gegen die erteilte Baugenehmigung vorgehen wollte.

Im Sinne des Sächs. OVG entschieden bei der Nachbarklage noch der Braunschweigische Verwaltungsgerichtshof und das Bremer Verwaltungsgericht.³⁰⁾

28) V. Gehe, Allg. Baugesetz u. subjektiv-öffentliche Rechte, Fischers Z. Bd. 39, 145.

29) Jahrb. 16/219.

30) Vgl. hierzu Bühler a.a.O. S. 497 Fußnote 343; VGH Braunschweig Urt. v. 1.10.1919 bei Weltemeyer, Entsch. des Braunsch. VGH v. 1924 - 1929.

2. Zusammenfassung der Rechtsprechung

Die überwiegende Ablehnung der Nachbarklage durch die höchsten Verwaltungsgerichte in Preußen, Württemberg und Baden hatte vornehmlich seinen Grund darin, daß die Tätigkeit der Baubehörden als eine rein polizeiliche im öffentlichen Interesse angesehen wurde. Es gab kein allgemeines subjektives öffentliches Recht des einzelnen, das ihn gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen der Verwaltung durch ein entsprechend ausgebildetes Klagerecht schützte.³¹⁾ Nach dem geltenden Enumerationsprinzip genossen individuelle Rechtspositionen nur bei ausdrücklicher Verankerung im positiven Recht Schutz.

So wurde die Rechtsprechung des Preuß. OVG in ihren Anfängen weitgehend von der Auffassung geprägt, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit in erster Linie die Aufgabe habe, den Mißbrauch bei der Ausübung der freien Verwaltung zu verhindern. Es ging primär nicht um den Schutz des einzelnen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit - diesen sah man im Rahmen einer geordneten Verwaltung vollauf gewährleistet - , sondern um die Überwachung der durch die Verwaltung nach freiem Ermessen zu treffenden Entscheidungen.

Aus diesem Grunde wurde das Vorhandensein von subjektiv-öffentlichen Berechtigungen des einzelnen teilweise überhaupt nicht anerkannt, so von Gneist, der bei der Ausgestaltung der preuß. Verwaltungsgerichtsbarkeit maßgeblich mitwirkte.³²⁾

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat sich sehr langsam durch Abwendung von der obrigkeitlichen Staatsidee des neunzehnten Jahrhunderts

³¹⁾ Vgl. Thomas: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten in Anschütz-Thoma Hdb. DStR II S. 607 ff.

³²⁾ Vgl. Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 1113.

entwickelt. Zur Gewährung umfassenden individuellen Rechtsschutzes gegenüber der staatlichen Verwaltung bedurfte es einer Änderung des Verhältnisses zwischen dem einzelnen Bürger und dem Staat. So bildete sich erst im Laufe der Zeit mit dem Einfluß der freiheitlichen Grundrechte der Grundsatz heraus, daß die Befugnisse, Eingriffe in den Rechtskreis des einzelnen vorzunehmen, der Verwaltung nicht als selbständiger Ausfluß ihrer Amtsgewalt zustehe, sondern durch eine positive, wenn auch allgemein gehaltene Gesetzesvorschrift (Generalklausel) begründet sein müsse.

3. Die Entwicklung der Rechtsprechung nach Einführung des Grundgesetzes

Aus der unübersehbaren Zahl der ergangenen Entscheidungen sollen hier die wichtigsten herausgegriffen werden, um die Entwicklung der Nachbarklage nach dem Kriege zu verdeutlichen. Obwohl sich mit der Einführung des Grundgesetzes und des durch Artikel 19 Abs.4 GG verfassungsmäßig garantierten umfassenden Rechtsschutzes die Situation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich zur Vorkriegszeit entscheidend gewandelt hatte, hielten die Gerichte zu Anfang bei der Frage der Zulässigkeit der öffentlichen Nachbarklage grundsätzlich an der Meinung des Preuß. OVG fest.

So stellt das Landesverwaltungsgericht Hannover in seinem Urteil vom 16.2.1948 ³³⁾ fest, daß eine Klage des Nachbarn gegen eine Dispenserteilung unzulässig sei, wobei das Gericht ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Preuß. OVG Bezug nimmt. Es ist der Ansicht, daß auch durch die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel die Stellung des Nachbarn im öffentlichen Baurecht sich nicht entscheidend geändert habe.

33) DVBl. 1949, 166; Glaser, Rechtsprechung 2. Ed. 1958 S. 134.

Das Oberverwaltungsgericht Hamburg, das heute noch grundsätzlich die Zulässigkeit der Nachbarklage verneint, vertrat schon in seinem Urteil vom 1.9.1950³⁴⁾ die Auffassung, dem Nachbarn erwachse aus begünstigenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts kein klagbarer Anspruch auf deren Einhaltung. Unter ausdrücklicher Verweisung auf die Entscheidung des LVG Hannover gibt das Gericht zu bedenken:

„ Wenn solche vom Gesetzgeber geforderten Planungen ausschließlich der Allgemeinheit dienen, dienen sie dem Nachbarn auch nur mittelbar, d.h. im Sinne einer sog. Reflexwirkung objektiven Rechts auf den einzelnen. “

An dieser Rechtsansicht hat das OVG Hamburg bis heute festgehalten, wie die Entscheidung vom 9.4.1959³⁵⁾ beweist, in der das Gericht noch einmal feststellt, daß sich aus den baupolizeilichen Bestimmungen über die Beteiligung des Nachbarn am Verwaltungsstreitverfahren keine materielle Rechtsposition herleiten lasse, die dem Nachbarn über den Widerspruch und seine Bescheidung hinaus eine Klagemöglichkeit eröffne.

Danach soll die Beteiligung des Nachbarn, wie sie nach § 6 der Ham.BauPolVO vorgesehen ist, primär nur öffentlichen Interessen dienen und seinen Individualinteressen nur entsprechen, soweit sie sich mit den öffentlichen Interessen decken. Eine Ausnahme von der Ablehnung der Nachbarklage macht das Gericht nur in den Fällen des in der Hamburger Baupolizeiverordnung geregelten Fenster- und Zaunrechts. Hier soll die Rechtsposition des Nachbarn so stark sein, daß ohne seine ausdrückliche Einwilligung eine ihr benachteiligende Entscheidung nicht getroffen werden könne. Abgesehen von diesen beiden Ausnahmefällen sieht sich das Gericht außerstande, Dritten eine rechtlich geschützte Position gegen sie belastende

34) MDR 1950, 308.

35) DVBl. 1959 822.

Baugenehmigungen dann einzuräumen, wenn eine ausdrückliche, gesetzliche Regelung dafür fehlt. Danach können dem Nachbarn öffentlich-rechtliche Ansprüche nur durch eine entsprechende Gesetzesänderung zugebilligt werden, ansonsten muß er auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden.

Diese sich weitgehend mit der Rechtsprechung des Preuß. OVG deckende Ansicht wurde anfänglich ebenfalls vom Hessischen VGH ³⁶⁾, vom OVG Münster ³⁷⁾, vom Baden-Württembergischen VGH ³⁸⁾ und vom VGH Freiburg ³⁹⁾ vertreten.

Anfang der fünfziger Jahre trat dann in der Rechtsprechung der oberen Gerichte ein allrählicher Wandel ein. Obwohl das Stuttgarter Verwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 31.3.1950 ⁴⁰⁾ ausführte Bestimmungen des öffentlichen Baurechts könnten keine subjektiv-öffentlichen Rechte für den Nachbarn begründen und sich damit noch auf den allgemeinen Rechtsstandpunkt stellte, räumte das Gericht in seiner Entscheidung vom 10.4.1951 ⁴¹⁾ erstmals ein, dem Nachbarn könne aus solchen Bestimmungen, die ausdrücklich oder erkennbar zu seinem Schutze bestimmt sind, subjektiv-öffentliche Rechte erwachsen. Danach hat der Nachbar eines Bauwilligen ein subjektiv-öffentliches Recht der Baubehörde gegenüber auf Einhaltung der in der Bauordnung bestimmten Abstände, wenn diese Vorschriften nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Nachbarn erlassen sind. Unter ausdrücklicher Verweisung auf Bühler - die subjektiven öffentlichen Rechte - und Bachof - die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle SJZ 1948, 742 ff. - hat das Gericht dem

³⁶⁾ DVBl. 1951/185.

³⁷⁾ Thiel, BRS 1,49; 2,213.

³⁸⁾ DÖV 1952, 604.

³⁹⁾ BBauBl. 1954, 562.

⁴⁰⁾ DÖV 1950, 597.

⁴¹⁾ DVBl. 1951, 612.

Nachbarn ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung der in der Bauordnung vorgeschriebenen Abstände eingeräumt und der Klage auf Beseitigung der unter Dispens erteilten Baugenehmigung stattgegeben, da der Nachbar durch die Dispenserteilung ohne genügenden Grund in seinen Interessen beeinträchtigt worden sei.

Zwei Jahre später erging eine für die Entwicklung der Nachbarklage richtungsweisende Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin. Mit seinem Urteil vom 29.2.1952 ⁴²⁾ hat das Gericht der Klage eines Nachbarn auf Einhaltung der zum Schutze eines Wohngebietes getroffenen baupolizeilichen Bestimmungen mit der Begründung stattgegeben, eine diesen Bestimmungen zuwiderlaufende Befreiung verletze den benachbarten Eigentümer eines im Wohngebiet liegenden Grundstückes in seinen Rechten. Daher sei der Nachbar zur Klage im Verwaltungsstreitverfahren befugt. Zu der Frage, ob für die Zulassung der Klage ein subjektiv-öffentliches Recht des Nachbarn Voraussetzung sei, führt das Gericht aus: ⁴³⁾

Wegen des in Preußen geltenden Enumerationsprinzips sei eine verwaltungsgerichtliche Klage nur in den ausdrücklich aufgeführten Fällen zulässig gewesen. Daher habe die Ablehnung der Nachbarklage in Preußen zum Teil darauf beruht, daß für Klagen des Nachbarn auf Einhaltung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften seitens der Baubehörde kein verwaltungsgerichtlicher Schutz vorgesehen gewesen sei. Erst mit Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel sei die Möglichkeit entstanden, Verwaltungsakte, die den Nachbarn in seinen Rechten verletzen, der Verwaltungsrechtsprechung in jedem Fall zu unterwerfen. Daher könne jetzt nicht mehr nur die Verletzung der Rechte.

⁴²⁾ Entsch. des OVG Berlin Bd. 1 S. 39 ff.

⁴³⁾ a.a.O. S. 52.

die auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage beruhen und aus denen sich subjektiv-öffentliche Berechtigungen ergeben, als Voraussetzung für die Erhebung der Klage angesehen werden. Es müsse vielmehr geprüft werden, ob der Verwaltungsakt in die Rechtssphäre des Nachbarn, in seine rechtlich anerkannten und geschützten Interessen eingreife.

Das ist nach Ansicht des Gerichts immer dann der Fall, wenn von einer Vorschrift des öffentlichen Baurechts dispensiert wird, die die Rechte Dritter zu schützen bestimmt ist und durch die erteilte Befreiung ein Rechtsverlust des Dritten eintritt. Heute könne nicht mehr die Ansicht aufrechterhalten werden, daß es Aufgabe einer Baupolizeiverordnung sei, nur die Interessen der Allgemeinheit und nicht die des einzelnen zu schützen. Auf dem Gebiete des Baurechts beschränke sich der Gesetzgeber nicht mehr nur auf den Schutz der Allgemeinheit, sondern mache auch die Belange des Individuums zu seinen eigenen Aufgaben.

Abschließend hält das Gericht für die Zulässigkeit der Nachbarklage eine solche Rechtsverletzung für ausreichend, ohne ausdrücklich ein subjektiv-öffentliches Recht des Nachbarn zu fordern und führt unter Verweisung auf Bachof - die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung - aus:⁴⁴⁾

Man wird daher nach unserem Recht unterscheiden müssen, ob eine Baupolizeibestimmung lediglich oder überwiegend rein öffentlichen Belangen dient, oder ob sie in erster Reihe sich dem Schutz der Belange des einzelnen zur Aufgabe gemacht hat; in diesem Falle wird dann durch die Verletzung einer derartigen Schutzbestimmung der Betroffene, dessen Schutz sie dienen sollte, selbst wenn man ihm nicht ein "subjektiv-öffentliches Recht" im strengen Sinn zusprechen kann, doch mindestens in "seinen Rechten" im Sinne des alten preußischen Rechts und des § 20 Abs. 1 des Berliner Verwaltungsgerichtsgesetzes verletzt und damit die Grundlage für eine verwaltungsgerichtliche Klage gegeben.

44) A.a.O. S. 52.

Die Entscheidung des Berliner OVG stellt insoweit eine Besonderheit dar, als sie bei der Zulässigkeit der Nachbarklage nicht von dem Vorhandensein eines subjektiv-öffentlichen Rechts ausgeht, sondern im Rahmen der Generalklausel nur prüft, ob eine Rechts- und Interessenverletzung des Nachbarn möglich ist. Über die Schwere des Eingriffs, d.h., ob die Rechtsverletzung unmittelbar und unzumutbar sein muß, macht das Gericht keine Ausführungen. Die Zulassung der Klage in dieser Form mit den geforderten Voraussetzungen trägt daher die Tendenz einer unzulässigen Popularklage in sich.⁴⁵⁾

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 10.6.1952⁴⁶⁾ zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage Stellung genommen, wobei er auch das Verhältnis zur zivilrechtlichen Nachbarschutz untersucht. Primär geht er davon aus, daß die Vorschriften des öffentlichen Baurechts angesichts ihrer einschränkenden Ermächtigungsgrundlage nicht die Aufgabe haben können, über den unmittelbaren polizeilichen Zweck hinaus Rechte zu schaffen oder zu ordnen, die bürgerlichen Nachbarrechte zu erweitern. Wird der Nachbar durch ein Bauvorhaben, das die Baubehörde genehmigt hat, in seinen privaten Rechten verletzt, so beruhe das nur auf dem Verhalten des Bauherrn und nicht auf der Genehmigung der Baubehörde. Der Nachbar müsse in diesem Fall Schutz vor den Zivilgerichten suchen. Nach Ansicht des Bayer. VGH hat die Erteilung der Baugenehmigung als hoheitliche Maßnahme keinen Einfluß auf die Zuständigkeit des Rechtsweges, wenn durch das genehmigte Bauvorhaben Privatrechte des Nachbarn verletzt werden.

Der VGH räumt jedoch ein, daß das öffentliche Baurecht einzelne Regelungen enthalte, die zugleich mit dem öffentlichen Interesse auch die Belange des

⁴⁵⁾ Vgl. dazu Pietzonka NJW 54 1182.

⁴⁶⁾ Bay. VGH Entsch. NF 5 119 ff.

Nachbarn wahrnehmen, so Bestimmungen über den Gebäudeabstand, Regelungen feuer- und gesundheitspolizeilicher Art. In diesen Fällen soll gegen die Baugenehmigung auch die Anfechtungsklage des Nachbarn gegeben sein, wenn diese Bestimmungen im Rahmen der Baugenehmigung nicht beachtet oder nicht eingehalten werden. Damit vertritt das Gericht die Ansicht, daß einzelne Bestimmungen des öffentlichen Baurechts unmittelbar dem Schutz des einzelnen dienen und dieser ein klagbares Recht auf Einhaltung der ihn schützenden Normen gegenüber der Behörde hat. Auch in den Fällen, in denen bei Ermessensentscheidungen der Behörde im Hinblick auf nachbarschützende Bestimmungen der Nachbar mit seinen Einwendungen gehört und diese bei der Entscheidung mit berücksichtigt werden müssen, soll der Nachbar gegen die Genehmigung mit der verwaltungsgerichtlichen Klage vorgehen können.

Dieser Rechtsstandpunkt wurde vom VGH in einer Entscheidung vom 20.11.1953⁴⁷⁾ noch einmal bekräftigt, wobei das Gericht bei Ermessensentscheidungen der Behörde darauf hinweist, daß die "Zumutbarkeit" des Eingriffs ein für die Baubehörde beachtliches Ermessenselement darstelle, sofern sie nicht schon normative Voraussetzung für die Dispenserteilung sei.

In der Folgezeit bekannten sich das VG Stuttgart⁴⁸⁾, das OVG Koblenz⁴⁹⁾ und das LVG Oldenburg⁵⁰⁾ zu der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage.

Das LVG Oldenburg weist auf den Einfluß des formellen Rechtsschutzes bei der Beurteilung der nachbarlichen Position hin und gibt zu bedenken, daß dem Geschützten ein Klagerecht zugestanden werden müsse, wenn eine Rechtsvorschrift nachbarschützende Bestimmungen enthalte und die Verwaltung diese Bestimmungen außer acht

47) VerwRspr. Bd. 6 Nr. 129.

48) Urt. v. 21.4.1955 in NJW 1955/1811.

49) Beschluß v. 18.10.1953, BRS 3, 126.

50) Urt. v. 17.7.1956 in DVBl. 56/727.

lasse. Dies sei der Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG und des § 23 Abs. 1 MRVO 165, die den Verwaltungsweg in allen Fällen sicherten, in denen der Bürger in seinen Rechten beeinträchtigt werde.

Den endgültigen Durchbruch errang die öffentliche Nachbarklage mit den Entscheidungen der Obergerverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg und dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, die die Zulässigkeit dieser Klage bejahten.

Nach anfänglichem Zögern schwenkte das OVG Münster mit seiner Entscheidung vom 10.9.1957⁵¹⁾ in die neue Richtung ein und vertritt seitdem die Ansicht, daß eine Baugenehmigung den Grundstücksnachbarn in seinen Rechten beeinträchtige, wenn sie unter Befreiung von Bestimmungen, die dem Schutz des Nachbarn ganz oder teilweise zu dienen bestimmt sind, erteilt worden sei. Der Senat führt ausdrücklich die Entscheidungen des OVG Berlin vom 29.2.1952 und des LVG Oldenburg vom 17.7.1956 an und begründet weiter: Es müsse davon ausgegangen werden, daß bei Genehmigungen von Dispensen nicht allein der Bauherr begünstigt werde, sondern gleichzeitig auch ein schutzwürdiges Recht des Nachbarn beeinträchtigt werden könne, dessen Schutz durch die Zulassung der verwaltungsgerichtlichen Klage zu gewährleisten sei.

Auch das OVG Lüneburg entschied sich mit seinen Urteilen vom 13.10.1958 und vom 28.8.1959⁵²⁾ für die Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage und geht davon aus, daß jede einzelne Norm des öffentlichen Baurechts auf seinen Schutzzweck hin geprüft werden müsse. Bezwecke die in Frage stehende Norm den Schutz des Nachbarn, so müsse ihm deshalb ein subjektiv-öffentliches Recht auf ihre Einhaltung eingeräumt werden.

51) OVG Münster OVGE 13/6 ff.

52) OVGE 14/492; DVBL. 59/820.

Bei der Auslegung der einzelnen Normen und der Untersuchung auf ihren Schutzcharakter hin, sei auch der Wandel der Anschauungen und Verhältnisse zu berücksichtigen, um so durch eine zeitnahe Auslegung den wahren Schutzzweck der Norm zu finden.⁵³⁾ Auf Grund der so vorgenommenen Prüfung ergibt sich für das Gericht, daß die ihm zur Entscheidung vorgelegte Bauordnung erkennbar ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung bestimmter nachbarschützender Normen beinhaltet.⁵⁴⁾

Das Bundesverwaltungsgericht nahm erstrals mit Beschluß vom 25.2.1954⁵⁵⁾ zur Nachbarklage Stellung. Allerdings geht es in diesem Beschluß nicht um die grundsätzliche Frage der Zulassung der Klage, zu der das Gericht noch nicht eindeutig Stellung nimmt, sondern darum, ob die Bestimmung der Bayer. BauO über die Hofraumgröße dem Interesse des Dritten, insbesondere des Nachbarn, zu dienen bestimmt ist. Das Gericht lehnt dies mit der Begründung ab, diese Vorschriften seien Ausdruck moderner städtebaulicher Grundsätze und dienten der Auflockerung des baulichen Gefüges der Stadt, somit allgemeinen städtebaulichen Interessen und nicht dem Interesse des einzelnen. Die Vorteile, die sich für den einzelnen Bewohner des Gebietes aus dieser Bestimmung ergäben, seien nur tatsächliche Nebenwirkungen, die von der eigentlichen Zweckbestimmung der Norm nicht umfaßt würden.

Auch hier geht das Gericht auf die Voraussetzungen der Ermessensentscheidung bei der Dispensgewährung durch die Behörde ein. Nach § 83 Abs. 3 der Münchener BauO sind die Rechte oder erheblichen Interessen Dritter bei der Dispensgewährung von der Behörde in Betracht zu ziehen. Daraus läßt sich nach Ansicht des Gerichts jedoch keine stärkere materielle Rechtsstel-

53) OVG Lüneburg Urt. v. 21.3.62 in DÖV 1962 467.

54) In der vorliegenden Entscheidung bejahte das Gericht den nachbarschützenden Gehalt der Normen über die Regelung des Bauwuchs.

55) BVerwGE 1, 83.

lung des Nachbarn folgern, da durch diese Anweisung zum Gebrauch des behördlichen Ermessens die Zweckbestimmung der Vorschrift selbst, die allein für die Frage der Rechtsstellung Dritter entscheidend ist, in ihrem Wesensgehalt nicht geändert wird. Auf den Einfluß der erweiterten formellen Rechtsstellung durch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel geht das Gericht nicht ein.

Abschließend sei für die Entwicklung der Nachbarklage das Urteil des BVerwG vom 18.8.1960⁵⁶⁾, mit dem sich das Gericht für die Zulassung der Nachbarklage aussprach, angeführt. Das Gericht bejaht ausdrücklich, daß Verstöße gegen nachbarschützende Bestimmungen des öffentlichen Baurechts eine Klagemöglichkeit des beeinträchtigten Nachbarn gegen den ihn belastenden Verwaltungsakt begründen. Es geht noch einen Schritt weiter und sieht die nachbarbegünstigenden Normen des Baurechts als den Inhalt des Eigentums materiell erweiternde Vorschriften an.⁵⁷⁾

56) BVerwGE 11,95 = DVBl. 1961,125 ff. mit Anmerkung von Bachof.

57) Weitere Entscheidungen, in denen die öffentliche Nachbarklage bejaht wird:

OVG Saarland in DÖV 1960,434.
Hess. VGH in BBauBl. 1961,229.
VGH Bremen in DWW 1959/138.
VGH Kassel in DVBl. 62,724.

Kapitel II

Die Zuverlässigkeitsvoraussetzungen der Nachbarklage

Aus der Rechtsprechungsübersicht lassen sich drei Hauptmeinungen erkennen:

Erstens diejenige Ansicht, die mit der Begründung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes die Nachbarklage ablehnt, da die Vorschriften des öffentlichen Baurechts ausschließlich im öffentlichen Interesse erlassen seien und tatsächliche Begünstigungen dem Nachbarn nur in Form von bloßen Reflexwirkungen zugute kommen würden. Diese Meinung sieht die Nachbarklage als einen Fremdkörper im öffentlichen Recht an, da nur rein zivilrechtliche Tatbestände berührt würden. Daher sollte der gesamte Nachbarkomplex ins Zivilrecht verlagert werden.¹⁾

Die zweite Auffassung läßt sich dahin skizzieren, daß bestimmte öffentliche Baurechtsnormen nachbarschützenden Charakter haben und dem Nachbarn bei Verletzung dieser Vorschriften ein subjektiv-öffentliches Recht erwächst, das als Voraussetzung für die Nachbarklage angesehen wird. So werden teilweise in der Rechtsprechung die Regelungen über Bauzonen, Grenzabstände und Bauwiche als nachbarschützend angesehen.²⁾ Da jedoch die Bauordnungen eine Dispensierung von diesen Vorschriften ausdrücklich in das Ermessen der Verwaltungsbehörden stellen, soll der Nachbar ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung der nachbarschützenden Vorschriften nur haben, wenn die gesetzlich normierten Voraussetzungen für eine Erteilung des Dispenses nicht gegeben sind, wobei auch die Unzumutbarkeit

1) Vgl. Evers in Jus. 1962/92; OVG Hamburg in DVBl. 1959/822.

2) Vgl. die Zusammenstellung bei Mang-Simon, Komm. Anm. 9 zu Art. 89 BayBauO.

der Rechtsverletzung als Klagevoraussetzung für den Betroffenen gefordert wird.³⁾

Nach dem dritten Standpunkt schließlich werden dem Nachbarn am weitgehendsten Rechte konzidiert. Demnach soll der Nachbar einen unbedingten Anspruch auf die Beachtung aller nachbarschützenden Vorschriften haben, ohne daß ausdrücklich eine subjektiv-öffentliche Berechtigung gefordert wird. Für die Zuverlässigkeit der Nachbarklage soll die Behauptung einer Rechtsverletzung im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO genügen.⁴⁾ Eine Dispensierung von nachbarschützenden Vorschriften ist danach ohne die Einwilligung des Betroffenen unmöglich.

Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zeigt, bedingt durch die landesrechtlichen Unterschiede der einzelnen Bauordnungen, kein einheitliches Bild. Klar tritt jedoch die Tendenz der Anerkennung eines stärkeren Nachbarschutzes zu Tage. Wegen der Trennung des Bauordnungsrechtes als Sache der Länder und des Bauplanungsrechts als Angelegenheit des Bundes ist eine die Rechtseinheit fördernde Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts unmöglich, zumal sich die Unterscheidung dieser beiden Aufgabengebiete als äußerst schwierig erweist.⁵⁾ Da das Bauordnungsrecht der Rechtssetzungsbefugnis der Länder unterliegt, sind die Entscheidungen für das Bundesverwaltungsgericht bindend.⁶⁾

3) OVG Münster in DVBl. 1960/603; a.A. Meyer in DWW 1962/137.

4) Vgl. Bernhardt: Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte in JZ 1963/302 ff; OVG Berlin, OVGE 1139 ff.

5) Vgl. dazu das Gutachten des BVerfG in Bd. 3/407 ff., in dem die Planungskompetenz des Bundes von der Ordnungskompetenz des Landesgesetzgebers abgegrenzt wird.

6) Vgl. BVerwGE 11/95=NJW 1961/793.

Die Zulässigkeit der Nachbarklage bestimmt sich nach den in der Verwaltungsgerichtsordnung normierten Voraussetzungen. Danach ist gemäß § 42 Abs. 1 VerwGO erforderlich, daß sich die den Nachbarn belastende hoheitliche Maßnahme als ein Verwaltungsakt darstellt. Bei der Baugenehmigung handelt es sich um einen sogenannten Verwaltungsakt mit Drittwirkung, der teils belastend, teils begünstigend wirkt.⁷⁾

Die Doppelwirkung zeigt sich darin, daß er einen Rechtsgenossen berechtigt, indem er für ihn Rechte und Erlaubnisse begründet, den anderen jedoch gleichzeitig verpflichtet, ein bestimmtes Handeln zu unterlassen. Dem Betroffenen können hierdurch gegebenenfalls bestimmte Rechte eingeschränkt oder entzogen werden. Allerdings befindet sich der Dritte wiederum in einer anderen Position, als der Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes. Dem Dritten wird ein Tun oder Unterlassen nicht unmittelbar befohlen, vielmehr werden ihm lediglich Schranken auferlegt, die sich aus der Gewährung fremder Befugnisse herleiten. Die Besonderheit eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung liegt darin, daß der Verwaltungsakt nur einen Adressaten hat, im Gegensatz zu den Verwaltungsakten mit echter Doppelwirkung, wo mehrere Adressaten vorhanden sind. Im Rahmen eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung ergeht die Entscheidung nur an den Begünstigten, wobei die Rechtsordnung die schutzwürdigen Interessen Dritter, in die durch den Verwaltungsakt eingegriffen wird, anerkennt,⁸⁾ wenn der Dritte durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten beeinträchtigt wird.⁹⁾ Der verwaltungsgerichtliche Schutz ge-

7) Wolff, VWR § 47 VI c.

8) Vgl. v. Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. S. 135.

9) So § 42 Abs. 2 VwGO.

genüber einem belastenden Verwaltungsakt wird auch einer anderen Person als der des Adressaten gewährt. Der Klageberechtigte braucht mit dem Adressaten nicht identisch zu sein.¹⁰⁾ Entscheidend ist, ob die materielle Rechtslage dem Dritten eine Klagebefugnis einräumt. Es muß also zwischen der Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Schutzes und der Schutznorm als materiell-rechtlicher Grundlage unterschieden werden.

Den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Klage bildet die Bestimmung des § 42 Abs. 2 VwGO, wonach der Dritte geltend machen muß, daß er durch einen an einen anderen gerichteten Verwaltungsakt "in seinen Rechten" verletzt sei. Dabei ist die Frage, was unter "in seinen Rechten" zu verstehen ist, gerade im Hinblick darauf, daß der Nachbar nicht Adressat des ihn belastenden Verwaltungsaktes ist, sondern zu einem außerhalb stehenden Personenkreis gehört, stark bestritten.¹¹⁾ Während einerseits noch das Vorliegen eines subjektiv-öffentlichen Rechtes im herkömmlichen Sinne als Klagevoraussetzung gefordert wird, soll auf der anderen Seite die Behauptung der Beeinträchtigung eines nur rechtliche geschützten Interesses genügen,¹²⁾ wobei nur dahingehend Einigkeit besteht, daß eine nach der Rechtsordnung unzulässige Popularklage ausgeschlossen werden muß.

Die in dieser Hinsicht auftretenden Meinungsverschiedenheiten haben ihre Ursache darin, daß die Verwaltungsgerichtsordnung selbst nicht vorschreibt, was unter einer "Verletzung in seinen Rechten" verstanden werden soll. Sicher kann aus der vorstehenden Formu-

10) Forsthoff, VWR Bd. I 8. Aufl. § 28; Maunz-Dürig, Komm. zum Grundgesetz Rdnr. 38 zu Art. 19 IV GG.

11) Vgl. die Zusammenstellung bei Bernhardt in JZ 1963, 302 ff.

12) Menger: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes § 36; BVerwG E. v. 30.9.1958 in E.Bd. 7, 258.

lierung der Schluß gezogen werden, daß eine Popularklage in jedem Fall ausgeschlossen ist. Der Dritte kann sich nicht zum Anwalt der Allgemeinheit erklären, insoweit ist sein Klagerecht auf die Verletzung seiner eigenen Rechtssphäre beschränkt.¹³⁾ Auch wenn bei einer gezielten Maßnahme, wie sie ein Verwaltungsakt darstellt, die Position des Adressaten als unmittelbar Betroffenen leichter zu überblicken ist als die eines Dritten, der von den Auswirkungen eines nicht ihm gegenüber erlassenen Verwaltungsaktes betroffen werden kann, müssen für beide Fälle die gleichen Zulässigkeitsvoraussetzungen bei einer Klage gelten. Für eine andere Auslegung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt.¹⁴⁾

Während eine Ansicht¹⁵⁾ das Vorliegen eines subjektiv-öffentlichen Rechts, wobei darunter mit Bühler¹⁶⁾ diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat verstanden wird, in der dieser auf Grund eines zwingenden zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes vom Staat etwas verlangen oder ihm gegenüber etwas tun darf, als Voraussetzung für die Klage ansieht, gewährt die wohl überwiegende Meinung auch dann ein Klagerecht, wenn eine Beeinträchtigung "der Rechtssphäre des Betroffenen" oder des "rechtlich geschützten Interesses" gegeben ist.¹⁷⁾ Darüber hinaus werden auch anstelle des subjektiv-öffentlichen Rechtes Formulierungen wie "ein berechtigtes Interesse" oder die Verletzung "eines vom Recht

13) So Meyer in Verw.Arch. 51 (1960) 265.

14) Insoweit ist Bernhardt in JZ 1963 302 ff. zu folgen.

15) Friesenhahn: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in Recht und Wirtschaft Bd. II S. 239; vgl. auch die Entscheidungen des OVG Hamburg in DV. 1949 69 und des VGH Kassel in DV 1949 439.

16) Bühler: Die subjektiv-öffentlichen Rechte S. 224.

17) Menger: System S. 117; Wolff, VWR I S. 210.

anerkannten Lebenskreises" oder auch einfach die Verletzung der "Rechtsstellung des Einzelnen" als Voraussetzung der Klage für zulässig erachtet. Diese Begriffe sind ihrem Inhalt und Aussagegehalt nach jedoch zu unbestimmt, um eine inhaltliche Klärung dafür, was unter "in seinen Rechten" zu verstehen ist, zu bringen. Durch die bloße Auswechslung des heute nicht mehr überschaubaren Begriffes eines subjektiv-öffentlichen Rechtes mit den vorstehenden Formulierungen werden die auftretenden Schwierigkeiten nicht beseitigt, da durch sie eine klare Festsetzung der Rechtsstellung des Klägers und auch die Abgrenzung zur unzulässigen Popularklage nicht gefunden werden kann.

Es ist davon auszugehen, daß es sich bei den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung um prozeßrechtliche Regelungen handelt, die ihrerseits nicht materielle Rechtspositionen begründen, sondern nur den Weg für die verwaltungsgerichtliche Verfolgung schon vorhandener Rechte öffnen.¹⁸⁾ Die Fragestellung muß demnach nicht lauten, ob ein subjektiv-öffentliches Recht als Zulässigkeit für die Klage erforderlich ist, sondern ob die Verwaltungsgerichtsordnung eine außerhalb ihrer selbst begründete Rechtsstellung verlangt, durch die dann dem Kläger bei Verletzung der Rechtsstellung ein Klagerecht erwachsen kann, sei es auf Grund eines subjektiven Rechts oder

18) Bachof: Vornahmeklage S.79; so auch der B:VGH mit seinem Urteil v. 8.3.1949 in VerwRspr. I S. 351, in dem er ausführt: "Rechte, deren Verletzung vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden können, hat die V:GO selbst nicht geschaffen, sondern sie setzt die Feststellung erfolgbarer Rechte in den einschlägigen Gesetzen voraus."

auch nur einer rechtlich geschützten Position.¹⁹⁾

Die eindeutige Umschreibung dieser Rechtsstellung läßt die Verwaltungsgerichtsordnung offen. Insoweit kommt man auch der Lösung nicht näher, wenn man die Schutzwürdigkeit einer Rechtsposition an den rein prozeßrechtlichen Bestimmungen messen will. Man wird jedoch einräumen müssen, daß ein in solch großem Umfang auf gerichtlichen Rechtsschutz gerichtetes System nicht ohne Einfluß auf die materielle Ausgestaltung der zu schützenden Positionen bleiben kann.

Ob man im Rahmen der Klage den Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechtes oder den des rechtlich geschützten Interesses verwenden will, hängt davon ab, wie weit man den Begriff des subjektiven Rechtes fassen will. Menger²⁰⁾ will den Begriff des subjektiven Rechtes für die Fälle der sogenannten Leistungsverwaltung vorbehalten, in denen dem einzelnen durch eine Norm das Recht zugestanden wird, vom Staat ein positives Handeln verlangen zu können; im übrigen soll aber unter "in seinen Rechten" die Rechtsstellung des Betroffenen zu verstehen sein, die ihr erlaubt, negatorisch geltend zu machen, daß ein Staatsorgan durch vorangegangenes Tun oder Unterlassen das objektive Recht zu seinem Nachteil verletzt, ihn "in seinen Rechten" beeinträchtigt hat." Demgegenüber will Bachof²¹⁾ allen verwaltungsgerichtlich verfolg- baren Ansprüchen den Charakter eines subjektiv-öffentlichen Rechtes zuerkennen. Vom Inhalt hergesehen ergeben sich nach beiden Ansichten keine Unterschiede.

19) So H.J.Wolff: Abwehranspruch S.121ff.; Bettermann: Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage in DVBl. 1953 S.163 ff.

20) Vgl. Menger, System § 36 S. 119.

21) Vgl. Bachof, Vornahmeklage S.78; so auch Thoma in System der öffentlichen Rechte und Pflichten, HDSTR II S. 619, der jede Rechtsbefugnis als ein subjektiv-öffentliches Recht bezeichnen will.

In der Rechtsprechung wird daher auch die Beziehung subjektiv-öffentliches Recht für die schutzwürdige Position des Nachbarn von mehreren Gerichten vermieden, von anderen wieder ausdrücklich gebraucht, ohne daß darin eine sachliche Unterscheidung wahrzunehmen ist.²²⁾ In der Regel werden also unter den gebräuchlichen Formulierungen auch subjektive Rechte verstanden. Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist unter der "Beeinträchtigung in seinen Rechten" jede Rechtsverletzung zu sehen.²³⁾ Denn in der Sache ist es gleich, ob man neben den historisch subjektiven Rechten auch die sogenannten rechtlich geschützten Interessen unter den Begriff der Rechte fallen läßt oder ob man nach dem Prinzip der verfassungskonformen Auslegung alle durch Art. 19 Abs. 4 GG geschützten Rechtspositionen den Rang subjektiver Rechte zuerkennt.²⁴⁾

In diesem Zusammenhang verdient noch das Problem eine Erörterung, ob die Klagebefugnis im Rahmen der Zulässigkeit oder der Begründetheit der Klage zu prüfen ist.²⁵⁾ Genügt es für die Zulässigkeit der Klage, daß der Nachbar in seinem Klagevorbringen geltend macht, durch die Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein, oder muß er die Beeinträchtigung seiner Rechte schlüssig behaupten, also Tatsachen vorbringen, die als zutreffend unterstellt, seine Klage rechtfertigen? ²⁶⁾ Diese Frage ist bestritten, insbesondere

22) VGH Stuttgart in NJW 1955/1811; BayVGH VGHE N.F. Bd. 1/1 f. (3).

23) Vgl. dazu Maunz-Dürig, Komm. zur GG Rdnr. 33 zu Art. 19 Abs. 4.

24) Vgl. Bachof in DRZ 1950/344.

25) BVerwG Urt. v. 13.1.1961 in NJW 1961/1129.

26) Vgl. die Zusammenstellung bei Engelhardt: Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß in JZ 1961 588 ff.; Eyermann-Fröhler, VerwGO Rdnr. 85 zu § 42 VwGO.

das Problem, inwieweit der Kläger die Behauptung der Rechtsbeeinträchtigung im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung konkretisieren muß.

Nach der einen Ansicht ²⁷⁾ muß der Kläger die Beeinträchtigung seiner Rechte schlüssig behaupten, d.h. er muß Tatsachen vorbringen, die einwandfrei auf eine Rechtsverletzung schließen lassen. Damit werden Bestandteile der Klagebegründung im Rahmen der Prüfung der Klagebefugnis verwandt. Für die öffentliche Nachbarklage ergibt sich daraus die Konsequenz, daß das Gericht im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfen hat, ob die vom Nachbarn behauptete Rechtsverletzung, gemessen an der in Frage kommenden Norm des öffentlichen Baurechts, überhaupt möglich ist oder nicht. Das Gericht muß in diesem Stadium schon über den Schutzzweck der Norm entscheiden, denn eine Beeinträchtigung durch einen Dispens von einer öffentlichen Baurechtsnorm ist nur möglich, wenn diese Norm ausschließlich oder auch nur zum Teil nachbarschützenden Charakter hat. So müßte also schon bei der Prüfung der Klagebefugnis in vollem Umfang über die Aktivlegitimation des Klägers entschieden werden. Das soll jedoch nach Ule dadurch verhindert werden, daß eine Schlüssigkeitsprüfung in vollem Umfang nicht erforderlich ist. Eine Prüfung hat danach nur insoweit zu erfolgen, als dadurch Klagen, die erkennbar wenig Aussicht auf Erfolg haben oder offensichtlich unbegründet sind, einer sachlichen Prüfung nicht zu unterzogen werden brauchen.

Die wohl herrschende Meinung ²⁸⁾ schränkt die Erfordernisse der Klagebefugnis weiter ein und verlangt im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung, daß vom Kläger hinsichtlich der Geltendmachung seiner Rechtsbeeinträchtigung tatsächliche Behauptungen aufgestellt werden,

27) Menger: System S.112; VerwArch 48(1957) S.353;
Ule, § 42 VwGO Anm.III; OVG Hamburg Urt.v.13.1.1956
in DVBl.1956/658.

28) Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr.86,87 zu § 42 VwGO;

die eine Verletzung der Rechte des Klägers zumindest möglich erscheinen lassen. Liegt es danach im Bereich des Möglichen, daß eine Rechtsbeeinträchtigung gegeben sein kann, so ist die Klage immer als zulässig anzusehen. Es muß also eine summarische Prüfung der Klagebefugnis vorgenommen werden, während die abschließende Tatsachenfeststellung und die Entscheidung darüber, ob eine rechtlich geschützte Position des Klägers verletzt ist, erst später erfolgt.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Es muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß das Gericht im Rahmen der Zulässigkeit nicht über die Aktivlegitimation des Klägers entscheidet, da diese im Gegensatz zur Klagebefugnis ein Bestandteil der Begründetheit der Klage ist.²⁹⁾ Weiterhin muß bei der Prüfung der Klagebefug-

Redeker-von Oertzen, VwGO Rdnr.13 zu § 42 VwGO; vgl. auch BVerwG E.v.30.10.1963 in DVBL.1964 191: "Nach § 42 Abs.2 VwGO ist eine Klage nicht unzulässig, wenn der Kläger einen Sachverhalt der gerichtlichen Nachprüfung unterbreitet, der eine Verletzung durch den angefochtenen Verwaltungsakt ergeben kann. Nach dieser Vorschrift ist eine Klage nur dann unzulässig, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können."

29) Vgl. Ule, a.a.O. § 42 II 2; Lüke: Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in Arch. öff.R Bd. 84 S.185 ff; vgl. auch Bettermann: Gewerberechtliche Nachbarklage? in NJW 1961, 1097 im Anschluß an die E. des BVerwG (vgl. Fußnote 25), der die Betroffenheit der Aktivlegitimation und damit zur Begründetheit der Klage rechnet, nicht aber als Voraussetzung der Zulässigkeit der Klage behandelt. Das ergebe sich aus § 113 Abs.1 VerwGO, daß mit der Bestimmung des Urteilsgegenstandes zugleich auch der Streitgegenstand definiert sei. Für die Zulässigkeit der Klage genüge die bloße Behauptung, nicht dagegen das Vorliegen einer Beeinträchtigung.

nis klar zwischen der behaupteten Rechtsbeeinträchtigung und der Rechtsverletzung unterschieden werden, da der Begriff der Rechtsverletzung schon den Moment der Rechtswidrigkeit mit einschließt, diese jedoch im Rahmen der Zulässigkeit noch nicht zu untersuchen ist, da sonst die Bejahung der Zulässigkeit notwendigerweise die Begründetheit der Klage nach sich ziehen würde.³⁰⁾

Eine Klagebefugnis des Nachbarn gegen die Verwaltungsbehörde ergibt sich, wenn der Kläger bei der geltend zu machenden Beeinträchtigung Tatsachen vorbringt, die eine Verletzung nachbarlicher Interessen zumindest möglich erscheinen lassen. Dabei ist die Möglichkeit einer solchen Rechtsbeeinträchtigung meistens aus der Klagebegründung zu entnehmen. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß das Gericht schon im Stadium der Zulässigkeitsprüfung den Schutzcharakter der in Frage kommenden Norm des öffentlichen Baurechts abschließend beurteilt. Entscheidend ist vielmehr, ob diese Norm auch die Belange des Nachbarn schützen kann. Auf diese Prüfung kann allerdings nicht verzichtet werden. Ergibt sich nämlich aus dem Vortrag des Klägers, daß seine Berufung auf einzelne Baurechtsnormen unmöglich ist, da diese erkennbar nur den Schutz des Allgemeininteresses beinhalten und somit eine Rechtsbeeinträchtigung des Klägers bei einer Abweichung von dieser Norm seitens der Baubehörde unmöglich ist, muß die Klage als unzulässig abgewiesen werden.

In allen anderen Fällen jedoch, in denen die Normen erkennbar dem Schutz des Individualinteresses zu dienen bestimmt sind oder es zumindest zweifelhaft erscheint, ob sich der Nachbar darauf berufen kann, ist

30) Menger, Verw.Arch.Bd.48/353.

die Klage zulässig, wobei endgültig über den Schutzcharakter der Norm im Laufe des Prozesses durch Sachurteil entschieden wird.³¹⁾ Aus der vorliegenden Rechtsprechung ist die Tendenz ersichtlich, daß man weitgehend die Zulässigkeit der Nachbarklage bejaht und sich dann im Rahmen der Begründetheit mit den schutzwürdigen Interessen des Nachbarn auseinandersetzt, indem man den Schutzzweck der in Frage stehenden Normen durch Auslegung zu ermitteln versucht.

Wie die Erfahrung gezeigt hat, führt der so eingeschlagene Weg zu den besten Ergebnissen. Einerseits wird dem rechtsschutzintensiven Charakter unserer Rechtsordnung gemäß eine weite Klagemöglichkeit eröffnet, andererseits jedoch die unzulässige Popularklage ausgeschlossen.

31) OVG Münster, Beschl. v. 15.7.1958 E.Bd. 13/361 ff;
OVG Lüneburg, OVGE 13/492ff; OVG Koblenz v. 24.11.
55 in AS Bd. 4 S. 363 ff.

Kapitel III

Das subjektiv-öffentliche Recht des Nachbarn auf Einhaltung nachborschützender Baurechtsnormen.

1. Die Aufgaben des öffentlichen Baurechts.

Entscheidend für die Beurteilung des materiellen Anfechtungsrechts des Nachbarn ist die Frage, ob die Normen des öffentlichen Baurechts dem Nachbarn Begünstigungen und Vorteile nicht bloß als einfache Reflexwirkungen der betreffenden Normen gewähren, sondern ob diese Normen dazu bestimmt sind, das Individualinteresse des Nachbarn zu schützen.

Es muß also im folgenden untersucht werden, ob die Normen des öffentlichen Baurechts dem einzelnen subjektiv-öffentliche Rechte gewähren können. Unbestritten ist, daß das Baupolizeirecht im herkömmlichen Sinne als ein Teil des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausschließlich den Interessen der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist.¹⁾ Infolgedessen scheiden Bestimmungen, die diesen streng polizeilichen Charakter haben, für die Untersuchung aus, da der Schutz des Polizeirechts immer nur der Allgemeinheit oder im Hinblick auf diese gilt.

Es kann heute aber nicht mehr davon ausgegangen werden, daß das öffentliche Baurecht nur als Polizeirecht im herkömmlichen Sinne angesehen werden muß. Das Baurecht erschöpft sich nicht mehr in der reinen Gefahrenabwehr, die die eigentliche Aufgabe des polizeilichen Baurechts darstellt. Das öffentliche Baurecht ist im Laufe seiner überaus raschen Entwicklung weit über das klassische Baupolizeirecht hinausgewachsen und hat so im Wandel der Zeit zum Teil eine

1) Drews-Wacke, Allgem. Polizeirecht 7. Aufl. 1961 S. 59ff.

andere Aufgabe und Zielsetzung erfahren. So sind heute zugunsten der staatlichen Planung und städtebaulichen Ordnung die Schwerpunkte verlagert worden, wobei sich im Baurecht die rein polizeilichen Elemente des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit solchen der Vorsorge und Leistung vereinigt haben.²⁾

Mit dem Anwachsen der Bevölkerung und der sprunghaften Entwicklung der Bautätigkeit hat das Baurecht in den letzten Jahrzehnten eine planende und ordnende Funktion übernommen und zur Fixierung von Planungsmaßnahmen in rechtsverbindlichen Bauzonen-, Bebauungs-, und Durchführungsplänen geführt. In diesem Rahmen wird durch das Baurecht auch die Abgrenzung der einander zum Teil widerstrebenden Interessen der einzelnen Bürger vorgenommen, wobei der baupolizeiliche Gehalt der Normen den individuellen Nachberschutz nicht schlechthin ausschließt.

Das Baurecht versucht, zwischen den Belangen der Allgemeinheit und den Interessen der Individuen in den Fällen, in denen sie sich gegenüberstehen und auch bei Kollisionen zwischen den einzelnen Beteiligten, durch teilweise Beschränkung und auch Erweiterung der Rechte einen Ausgleich zu schaffen. Insoweit findet der Eigentumsbegriff durch das öffentliche Baurecht seine Inhaltsbestimmung in verfassungsmäßiger Hinsicht. So berühren die Bestimmungen der Bauordnungen, wie z.B. über den Bauvich, den Grenzabstand, die Geschoßzahl und Frontlänge auch die Belange und Interessen des einzelnen, wenn sie auch primär nur im Rahmen des Allgemeininteresses gesehen werden. Es kann also nicht bezweifelt werden, daß viele Bestimmungen des öffentlichen Baurechts tatsächlich auch den Schutz des Individuums beinhalten.

2) Vgl. K.Meyer DWW 62/135; Rübner DVBl. 63, 609 ff.
3) So OVG Hamburg U.v.9.4.1959 - DVBl. 59, 823.

Aus dieser Feststellung läßt sich jedoch noch nicht eine klagbare Rechtsposition des Individuums herleiten, denn aus der Tatsache, daß bestimmte baurrechtliche Vorschriften auch den Schutz nachbarlicher Interessen beinhalten, ergibt sich noch nicht, daß die Einhaltung dieser Vorschriften auch vom Nachbarn verlangt werden kann.³⁾ Dazu muß dem Nachbarn im Falle der Verletzung dieser Vorschriften von der Rechtsordnung ein subjektiv-öffentliches Recht eingeräumt worden sein, auf Grund dessen er die Einhaltung dieser Bestimmungen seitens der Verwaltungsbehörde verlangen kann.

2. Die Voraussetzungen für das Entstehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts

Es ist also zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen eine objektiv gegebene Begünstigung des Individuums zu einem subjektiven Recht erstarken kann. Dabei muß das subjektiv-öffentliche Recht als eine dem öffentlichen Recht angehörende Willensmacht, die dem Willensträger in seinem Interesse verliehen ist, angesehen werden.⁴⁾ Voraussetzung für das Vorliegen eines subjektiven Rechts ist, daß die betreffende Rechtsnorm zwingenden Charakter hat, der Zweck der Rechtsnorm in der Befriedigung von Individualinteressen liegt und dem Individuum auch die Willensmacht zur Durchsetzung des in der Norm verankerten Schutzes gegeben ist. Auf diese Voraussetzungen hin sind die Normen des öffentlichen Baurechts zu untersuchen. Als Grundlage für ein subjektives Recht kann also nur

3) So OVG Hamburg U.v.9.4.1959 - DVBl. 59, 823.

4) So Bachof in DRZ 1950 S.344. Diese Definition deckt sich im wesentlichen mit der von Bühler: Die öffentl. Rechte S.224; Jellinek: System 2.Aufl.1905 S.68 Fleiner: Institutionen 8. Aufl.1928 S.172 ff; vgl. auch die Zusammenstellung über den Begriff des subjektiven Rechts bei Forsthoff, VWR § 10S.171 Anm.1.

eine Norm dienen, die objektives Recht schafft. So müssen diejenigen Normen ausscheiden, die nur verwaltungsinterne Wirkung haben, wie die Festsetzung des Flächennutzungsplanes als Vorbereitung des Bauungsplanes, die keine Wirkung gegenüber Dritten entfalten kann.⁵⁾ Der Kläger kann sich auch dann nicht auf die Norm des objektiven Rechts berufen, wenn nur eine Beeinträchtigung von rein wirtschaftlichen Interessen vorliegt. Die Interessenssphäre ist immer nur soweit geschützt, als sie sich mit der Rechtssphäre deckt.⁶⁾

Weiterhin ist zu beachten, daß einem Rechtssatz die zwingende Natur fehlt, soweit er der Behörde einen Ermessensspielraum einräumt. Das ist gerade für das Baurecht von besonderer Bedeutung, da vornehmlich nur in den Fällen der Dispenserteilung von nachbarschützenden Vorschriften die Nachbarklage zum Tragen kommt. Da aber die Dispenserteilung in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist, der Bauwerber also keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung eines solchen hat,⁷⁾ könnte insoweit das Erfordernis des zwingenden Rechtssatzes fehlen. Die Erteilung des Dispenses ist jedoch an bestimmte materielle und formelle Voraussetzungen gebunden, die von der Behörde beachtet werden müssen. Insoweit bleibt der erforderliche zwingende Charakter der Norm bestehen. Auch bei Ermessensentscheidungen kann das Verwaltungshandeln nach den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht ungebunden sein. Die durch die Verwaltungsbehörde bei Ermessensentscheidungen zu beachtenden Kriterien, wie z.B. "sachgemäße und ermessensfehlerfreie Erwägung",

5) Vgl. Evers: Die Nachbarklage im Baurecht Jus. 1962 87.

6) Eyermann-Fröhler, VwGO RdNr. 96 ff. zu § 42.

7) BVerwG in NJW 1955 725.

"pflichtgemäßes Ermessen" oder die in § 31 Abs. 2 BBauG zu beachtenden Voraussetzungen, zeigen die Grenzen für Ermessensentscheidungen auf, wobei die Beachtung dieser Grenzen als zwingendes Recht anzusehen ist.⁸⁾ Der einzelne hat daher einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen die zuständige Behörde auf fehlerfreien Ermessensgebrauch.⁹⁾ Dabei handelt es sich bei diesem Grundsatz in Wirklichkeit um einen Rückgriff auf materielles Recht, so auf das Gleichheitsrecht des Art. 3 GG.¹⁰⁾ Es muß also ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer materiell-rechtlichen Grundlage für ein subjektives Recht ein formelles subjektives Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch anerkannt werden.

Insoweit ist auch bei Ermessensentscheidungen die Voraussetzung des zwingenden Charakters der Norm gegeben. Im Gegensatz zum Dispens ist jedoch die Ausnahme nicht an bestimmte materielle und formelle Voraussetzungen gebunden. Daher müssen alle die Normen als zwingende Rechtssätze ausscheiden, bei denen es vollständig in das Ermessen der Behörde gestellt ist, ob die Ausnahme erteilt werden soll oder nicht. Hier kann u.U. nur ein Anspruch, der ganz allgemein auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gerichtet ist, gegeben sein.¹¹⁾

8) Hauelsen DVBl. 1952 521 ff; NJW 1954 448 ff.
vgl. auch Bachof: Gedächtnisschrift für Jellinek
S. 287 ff.

9) BVerwG E. 2/28.

10) OVG Münster DVBl. 55/437
VGH Freiburg VerwRspr. 8/223.

11) Vgl. Kamm, Jus 1961/146 ff. (147).

3. Die Frage nach dem Schutzgut der Norm

Weitere Voraussetzung ist, daß der Rechtssatz zur Befriedigung von Individualinteressen bestimmt ist.¹²⁾ Hier stellt sich sowohl die Frage nach dem Schutzgut als nach dem Schutzzweck der Norm, um das subjektive Recht vom Rechtsreflex abzugrenzen. Eine Norm kann rein tatsächlich dem Individualinteresse zugute kommen, ohne daß der Gesetzgeber in diesem Fall die Absicht hatte, die tatsächliche Begünstigung auch in den Schutz der Rechtsordnung zu stellen. Bei den sog. Rechtsreflexen müssen zwei Arten von Reflexen getrennt werden, einmal die Reflexe objektiven Rechts, die eine gewollte Begünstigung von Individualinteressen darstellen, zum anderen diejenigen Reflexe, die, vom Gesetzgeber ungewollt, den einzelnen rein zufällig begünstigen. Im letzteren Fall ist die Begünstigung nur als bloße Nebenerscheinung anzusehen.¹³⁾ Während diese Reflexe unter keinen Umständen als rechtlich geschützte Positionen angesehen werden können, bleibt bei den gewollten Reflexen die Frage offen, ob sie dem Individuum eine rechtlich geschützte Position mit der Folge der Klagbarkeit, also Durchsetzbarkeit, gewähren können.¹⁴⁾

12) Demgegenüber ist Bernhardt im JZ 1963(306) der Ansicht, daß es verfehlt sei, nach dem Schutzzweck spezieller Vorschriften zu fragen. Es soll vielmehr untersucht werden, "eine Abgrenzung der individuellen und konkreten Beeinträchtigungen von dem allgemeinen Betroffensein des Staatsbürgers zu finden." Abgesehen davon, daß Bernhardt nur an die Stelle der objektiven Betrachtungsweise die subjektive setzt (vgl. Lamberg, a.a.O. S.2154 Anm.2), bleiben im Endergebnis die gleichen Schwierigkeiten bestehen, da auch die Nachprüfung einer individuellen, konkreten Beeinträchtigung voraussetzt, daß im jeweiligen Fall die Interessen des Einzelnen vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehen werden.

13) Vgl. Maunz-Dürig Komm.Art. 19 IV GG Rdnr.34.

14) Dazu BVerfGE 3/362; 2/290 u. Bay.VGH n.F.5/119 ff.

Die Entscheidung, ob eine Norm dem Individualinteresse oder dem Allgemeininteresse oder beiden zu dienen bestimmt ist, bereitet hauptsächlich dadurch Schwierigkeiten, als der Schutzzweck einer Norm nicht eindeutig bestimmt ist und sich keine klaren Abgrenzungskriterien vom Individualinteresse und Allgemeininteresse finden lassen.

Beide Begriffe schließen sich nicht notwendigerweise aus, sondern können sich überlagern, denn eine dem Schutz der Öffentlichkeit dienende Norm kommt in der Regel auch dem Individuum zugute. Unstreitig muß das sog. Bauordnungsinteresse primär als Allgemeininteresse angesehen werden, wobei das Allgemeininteresse auch zugunsten des einzelnen wirken kann, sich also Gemeininteresse und Individualinteresse entsprechen.¹⁵⁾ Allerdings kann das Allgemeininteresse auch nicht einfach als Summe der Individualinteressen angesehen werden, insoweit sind sie doch in ihrem Wesen verschieden.¹⁶⁾

In der überwiegenden Zahl der Fälle kann das Schutzgut der Normen des öffentlichen Baurechts nur durch Auslegung ermittelt werden, wobei jeder einzelne Rechtssatz, der eine Begünstigung des Individuums enthält, auf die ihm zugrundeliegende Interessenwertung hin untersucht werden muß.¹⁷⁾ Bei dieser Interessenwertung ist zu berücksichtigen, daß im Rahmen unserer Verfassungsordnung die Wahrung des Individualinteresses des Staatsbürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt als fester Bestandteil der Rechts- und

15) Vgl. Niermann: Zur Reform des baulichen Nachbarrechts S. 49

16) Bachof: Vornahmeklage S. 69.

17) Bachof: Reflexwirkung und subjektive Rechte im öffentl. Recht S. 297.

Sozialstaatlichkeit angesehen wird. So kann eine Rechtsordnung, die ausschließlich oder überwiegend dem Allgemeinwohl dienen will und dem Einzelinteresse weitgehend eine Berechtigung versagt, sich gegenüber dem Gemeinwohl zu behaupten, nicht den Prinzipien der Rechts- und Sozialstaatlichkeit entsprechen. Es kann also nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, die Gesellschaft allein unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls zu ordnen.¹⁸⁾

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß bestimmte Normen des öffentlichen Baurechts neben dem Schutz der Allgemeinheit auch den Interessenschutz des Individuums beinhalten. Diese objektiv gewollten Begünstigungen finden sich z.B. in den Bestimmungen über den Schutz reiner Wohngebiete, den Bauwich und Grenzabstand.

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen diese objektiv gewollten Begünstigungen dem Begünstigten die Rechtsmacht zu ihrer Durchsetzung geben.¹⁹⁾ Nur durch die Verleihung dieser Rechtsmacht kann ein rechtlich geschütztes Interesse zum subjektiven Recht erstarken.

4. Die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens.

Es ist davon auszugehen, daß die Entscheidung darüber, welche Interessen als schutzwürdig im Sinne von subjektiv-öffentlichen Berechtigungen angesehen werden sollen, dem Gesetzgeber obliegt, wobei es grundsätzlich auf die Intensität des in der Norm faktisch enthaltenen Schutzes nicht ankommt.²⁰⁾ Allein der Gesetzgeber ist

18) Vgl. dazu Radbruch: Der Zweck des Rechts S.89/90.

19) Bachof: Gedächtnisschrift für Jellinek S. 299.

20) So OVG Hamburg DVBl.59,823; Sellmann DVBl.63,279.

in der Lage, subjektive Rechte zu verleihen. Diese Freiheit des Gesetzgebers kann auch grundsätzlich nicht eingeschränkt werden.

Bei der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens ist primär von der Norm selbst auszugehen, d.h. es muß untersucht werden, ob der Gesetzgeber in der Norm selbst zum Ausdruck gebracht hat, daß dem Individuum ein durchsetzbarer Anspruch zugestanden werden soll. Die Formulierungen in den Baugesetzen und den einzelnen Bauordnungen der Länder sind jedoch unterschiedlich. Wenig Schwierigkeiten bestehen bei den Normen, bei denen sich aus dem Wortlaut des Gesetzes der Schutzcharakter klar ergibt. So muß in den Fällen, in denen der Gesetzgeber festgesetzt hat, daß von Baurechtsnormen "nur mit Zustimmung" oder im "Einverständnis" des Nachbarn abgewichen werden kann, angenommen werden, daß die Rechtsposition des Nachbarn zum subjektiven Recht erstarkt ist, denn eine von der betreffenden Bestimmung abweichende Genehmigung seitens der Verwaltungsbehörde ist in dem Fall ohne die Einwilligung des Nachbarn unmöglich. Einen solchen Fall stellt der § 36 Abs. 2, 3 der Hamburger Baupolizeiverordnung von 1938 dar. Danach ist die Baugenehmigung von der Zustimmung des Nachbarn abhängig zu machen.

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle setzen die einzelnen Bauordnungen der Länder jedoch nur einzelne einfachere Beteiligungsformen des Nachbarn am Genehmigungsverfahren fest. So findet sich das sog. Unterrichtsrecht²¹⁾, das nur eine Kenntnisnahme des Nachbarn beinhaltet. Andere Bauordnungen lassen den Dispens nur in den Fällen zu, in denen Rechte oder erhebliche Interessen Dritter nicht entgegenstehen.²²⁾

21) Vgl. Bad.BauO von 1934 in § 4.

22) Vgl. Württ. BauO von 1910 in Art. 116; § 88 der Braunschweiger BauO von 1899.

Nach § 5 der preußischen Einheitsbauordnung ist der Dispens von zwingenden Normen zulässig, wenn deren Anwendung im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder wenn Gründe des Allgemeinwohls eine Änderung erfordern. Von den Belangen oder gar durchsetzbaren Rechten des Nachbarn ist dabei nicht die Rede.²³⁾ Dagegen erachtet das saarländische Baugesetz von 1955 in § 5 den Dispens wegen besonderer Härte für den Bauherrn nur zulässig, wenn Rechte oder erhebliche Interessen Dritter nicht beeinträchtigt werden.

Nach § 31 Abs. 2 BBauG kann die Baugenehmigungsbehörde eine Befreiung erteilen, "wenn die Durchführung des Bebauungsplanes im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, oder wenn Gründe des Allgemeinwohls die Befreiung erfordern."

Diesen vom Bundesbaugesetz geforderten materiellen Dispensvoraussetzungen entsprechen die Bestimmungen der Länderbauordnungen von Rheinland-Pfalz von 1961 in § 86 III und Bayern von 1962 in Art. 88 II. Darüber hinaus wird in beiden Bauordnungen (§ 78 bzw. Art. 89) eine Benachrichtigung des Nachbarn gefordert, wenn zu erwarten ist, daß durch die Genehmigung öffentlich-rechtlich geschützte Belange des Nachbarn berührt werden. Weiterhin soll der Befreiungsbescheid dem Nachbarn zugestellt werden, wenn seinen Einwendungen gegen die Dispensierung nicht entsprochen worden ist.

23) So auch § 5 der oldenburg. BauO von 1937
§ 5 der berl. BauO von 1958
§ 75 II der hess. BauO von 1957,
die keine Berücksichtigung nachbarlicher Interessen fordern; vgl. die Zusammenstellung bei Zinkahn: Baurechtliche Vorschriften Nr. 660, 661.

Eine ähnliche Regelung enthält die BauO von Nordrhein-Westfalen, die in § 86 den Dispens unter den Voraussetzungen der preuß. Einheitsbauordnung zuläßt. Gemäß § 87 hat der Nachbar bei beabsichtigter Dispensierung von Vorschriften über den Bauwuch, die Abstandsflächen und die Grenzabstände ein Anhörungsrecht, und die Genehmigung muß dem Nachbarn zugestellt werden.

Aus den vorstehenden Formulierungen des Bundesbaugesetzes und den einzelnen Bauordnungen der Länder kann generell nicht auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, dem Nachbarn über seine vorgesehene Beteiligung hinaus klagbare Rechte einzuräumen. Abgesehen von den ausdrücklich aufgezeigten Fällen geht der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers nicht über das Erfordernis der "Würdigung nachbarlicher Interessen" und dem Zugeständnis, daß öffentlich-rechtlich geschützte nachbarliche Belange berührt werden können, hinaus.

Die vorgesehenen verfahrensrechtlichen Beteiligungsformen der einzelnen Bauordnungen genügen jedoch nicht, dem Nachbarn in diesen Fällen ein materielles subjektives Recht zuzugestehen,²⁴⁾ obwohl die formelle Beteiligung am Genehmigungsverfahren als ein Indiz für die materielle Position der Nachbarn angesehen werden kann.

In diesen Beteiligungsfällen kann die rechtlich geschützte Position nur formeller Art sein und ist von der Frage nach der materiell-rechtlichen Position zu trennen. Auch wenn man dem Nachbarn ein formelles subjektives Recht auf Beachtung der Verfah-

24) Vgl. OVG Hamburg DVBl. 59/823, danach soll die Anhörung des Nachbarn der Befriedigung öffentlicher Interessen dienen und den Interessen des Nachbarn entsprechen, soweit diese sich mit den öffentlichen Interessen decken.
Vgl. auch Bühler: Die subjektiven Rechte .. S. 52.

rensvorschriften, wie z.B. die vorherige Anhörung, die Kenntnismahme und die Möglichkeit, in einer bestimmten Frist Einwendungen gegen das geplante Bauvorhaben zu erheben, zugestanden wird, ergeben sich aus dieser formellen Rechtsposition grundsätzlich keine materiellen Auswirkungen. Die Einräumung einer formellen Rechtsposition kann dem Nachbarn noch nicht das Recht auf eine rechtmäßige Sachentscheidung gewähren.²⁵⁾

Jedoch besteht, worauf Bühler schon hingewiesen hat, zwischen der formellen und materiellen Rechtsposition eine gewisse Wechselwirkung. Der Sinn der formellen Beteiligung am Baugenehmigungsverfahren kann nur in der Wahrung der Belange der Beteiligten liegen, so daß die gesetzlich zugestandene Befugnis, formelle Einwendungen zu erheben, als ein Indiz für das Vorliegen einer materiellen Rechtsposition angesehen werden muß.²⁶⁾ Daraus ergibt sich, daß in den Fällen, in denen keine zwingende Verfahrensbeteiligung des Nachbarn vorgesehen ist, das Vorliegen einer materiellen Rechtsposition verneint werden muß.²⁷⁾

Auch kann sich eine Vermutung für ein subjektives Recht des Nachbarn nur dann ergeben, wenn der Behörde die Beachtung der Beteiligung zur Pflicht gemacht ist. Steht die Beachtung im Ermessen der handelnden Behörde, so ist für eine solche Vermutung die Rechtsstellung des Nachbarn zu schwach. Da der Gesetzgeber die Beteiligungsformen einmal schwächer, einmal stärker, also unterschiedlich geregelt hat, muß jeweils die Intensität der Beteiligungsform beachtet werden.²⁸⁾

²⁵⁾ Vgl. Wolff VWR a.a.O. § 43 II, III.

²⁶⁾ So BVerwG E 5/79 (81); E 7/354; Maunz-Dürig a.a.O. Rdnr. 34.

²⁷⁾ Vgl. BVerwG in NJW 1958/725.

²⁸⁾ So haben die Art. 86 Abs. 5, Art. 89 Bay. BO, worin eine Kenntnismahme u. Benachrichtigung des Nachbarn vorgesehen ist, zwingenden Charakter.

Weiterhin ist, wie das OVG Hamburg festgestellt hat, auf den Zweck der Beteiligung einzugehen. Bezweckt die Beteiligung, dem Nachbarn die Möglichkeit einzuräumen, seine Auffassung in einem formellen Verfahren zum Genehmigungsantrag darzutun, so steht ihm ein Recht zu, vor der Entscheidung gehört zu werden.²⁹⁾ In diesen Fällen kann die Beteiligungsform als ein Indiz für das Vorliegen einer materiell-geschützten Position angesehen werden.

5. Das Schweigen des Gesetzgebers.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß die förmliche Beteiligung des Nachbarn, sei sie zwingend vorgeschrieben oder auch in das Ermessen der Baubehörde gestellt, nur als eine Vermutung, als ein Indiz für das Vorliegen einer materiell geschützten Position angesehen werden darf. Zwingende Rückschlüsse lassen sich aus der Beteiligung nicht ziehen. Diese Vermutung kann keinen Ersatz für die Tatsache bieten, daß sich der gesetzgeberische Wille in der weitaus größten Zahl der Fälle weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus sonstigen Umständen prima facie eindeutig ermitteln läßt.

Wie aber ist das Schweigen des Gesetzgebers im Hinblick auf die geltende Verfassungsordnung auszulegen? Bei der Beurteilung dieser Frage sind mehrere Lösungen möglich. Einmal kann in den Fällen, in denen der Gesetzgeber in den einzelnen Normen keinen Hinweis gibt, das Schweigen als Ablehnung eines subjektiven Rechts angesehen werden. Zum anderen ist es aber auch möglich, daß der Gesetzgeber eine neutrale Haltung eingenommen hat, so daß sein Schweigen weder als

29) Vgl. BVerwGE 9/340 = NJW 1960/548.

Ablehnung noch als Befürwortung eines subjektiven öffentlichen Rechts gewertet werden kann. Vielfach wird dem Schweigen des Gesetzgebers die Vermutung entnommen, daß der Gesetzgeber die objektive Begünstigung auch als durchsetzbar angesehen wissen will, da er bei Ablehnung der Durchsetzbarkeit dies unter Berücksichtigung der geltenden Verfassungsordnung ausdrücklich festgestellt hätte.³⁰⁾

Alle nur denkbaren Ansichten werden in diesem Rahmen vertreten, wobei das Schweigen des Gesetzgebers bei der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens eine jeweils verschiedene Interpretation erfährt. Inso- weit trifft die Feststellung Sellmanns³¹⁾ zu, bei dem Streit, ob die Normen des öffentlichen Baurechts subjektiv-öffentliche Rechte dem Nachbarn gewähren, gehe es eigentlich um den Willen des Gesetzgebers, der mit den zu Gebote stehenden Kriterien der Ausle- gung nicht zu ermitteln sei. Dieser Feststellung kann jedoch nur insoweit gefolgt werden, als der Wil- le des Gesetzgebers für die Ermittlung eines subjek- tiven Rechts entscheidend ist. Dagegen trifft es nicht zu, daß wegen des rechtsschutzintensiven Cha- rakters des Grundgesetzes an die Stelle rationaler Entscheidung eine rein gefühlsmäßige Einstellung ge- treten ist.³²⁾

Auch wenn der gesetzgeberische Wille in den meisten

30) Vgl. Jellinek, W. in Bilfinger-Festschrift S.9.

31) A.a.O. S.279.

32) Im Einklang mit Sellmann stehen hier Evers Jus 1962/87 ff. u. Weigert BayVBl.1966/16, die eben- falls die Existenz zuverlässiger Ermittlungskri- terien verneinen u. als Grund für die Zulassung der Klage eine durch die Verfassungsordnung be- dingte gefühlsmäßige Einstellung ansehen u. davon ausgehen, daß die Zulassung der Klage eine bloß Annahme darstellt, die weder rechtsdogmatisch noch pragmatisch gerechtfertigt erscheint. Vgl. dagegen Rüfers DVBl.1963/609 ff.

Fällen durch Interpretation und Auslegung der Gesetze unter Berücksichtigung der Verfassung ermittelt werden muß, kann das nicht bedeuten, daß die Nachbarklage auf dem fiktiven Boden einer bloßen Annahme steht und keine Grundlage im geltenden öffentlichen Baurecht hat.

6. Der Einfluß des Grundgesetzes auf die Bewertung der materiellen Position des Nachbarn

Bei der Untersuchung der einzelnen Normen des öffentlichen Baurechts auf ihren nachbarschützenden Gehalt hin ist grundsätzlich an der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat,³³⁾ festzuhalten. Danach kann der Wille des Gesetzgebers nur dann berücksichtigt werden, wenn er im Gesetz "irgendwie" zum Ausdruck gekommen ist. Ist er dagegen überhaupt nicht im Gesetz zum Ausdruck gekommen, so kann er auch keine Berücksichtigung finden.³⁴⁾ Es muß also an dem Grundsatz festgehalten werden, daß der Wille des Gesetzgebers, der bei der Kodifikation des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden hat, nicht nachträglich in das Gesetz hineingelegt werden kann. Da, wie ausgeführt, die einzelnen Beteiligungsformen des Nachbarn am Baugenehmigungsverfahren nur als ein Indiz für das Vorliegen eines materiellen subjektiven Rechtes angesehen werden können, müssen weitere Auslegungskriterien herangezogen werden.

Da sowohl das Bundesbaugesetz als auch die einzelnen Bauordnungen der Länder unter der Geltung des Grund-

33) So BGH Urt. v. 11.10.1951 III ZR 65/51.

34) Vgl. dazu die kritische Stellungnahme Hecks: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz in ArchZivPr. 112/1 zur sog. Andeutungstheorie.

gesetzes geschaffen worden sind, müssen bei der Auslegung der Gesetze im Rahmen des Nachbarschutzes die Grundsätze und Forderungen der Verfassung herangezogen werden. Danach kann es zumindest fraglich sein, ob unter der geltenden Verfassungsordnung der Gesetzgeber die im Baurecht vorhandenen objektiv gewollten Begünstigungen des Individuums in jedem Falle als bloße Rechtsreflexe ausgestalten und somit ihre Durchsetzbarkeit verhindern kann,³⁵⁾ wobei jedoch der Grundsatz aufrechterhalten bleiben muß, daß dem Gesetzgeber nicht das Recht verweigert werden kann, objektiv gewollte Begünstigungen für das Individuum zu schaffen, ohne dem einzelnen gleichzeitig damit eine gerichtlich durchsetzbare Berechtigung zu verleihen.

Es geht vielmehr um die Frage, ob jeder gewollten objektiven Begünstigung, gemessen an den Forderungen unserer Verfassungsordnung, die Durchsetzbarkeit seitens des Begünstigten abgesprochen werden kann.³⁶⁾

Mit der Einführung des Bonner Grundgesetzes hat die Beurteilung der Stellung des einzelnen zum Staat auf Grund der Rechts- und sozialstaatlichen Forderungen der Verfassung eine tiefgreifende Wandlung erfahren. Die Wahrung der Freiheit und individuellen Interessen des einzelnen Bürgers gegenüber der Staatsgewalt wurde zum Primat der Verfassung erhoben. So stellt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung

35) Vgl. Maunz-Dürig Rdnr. 34 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

36) Vgl. dazu die Ausführungen des VGH Karlsruhe in seinem Urt. v. 3. 11. 1953 (3K 43, 53): "Auch wenn man dem Gesetzgeber das Recht zugestehen muß, zu bestimmen, ob Vorschriften, die den einzelnen begünstigen, ihm auch ein Recht auf Einhaltung dieser Vorschriften gewähren, so muß man doch heute dem Zuge der Zeit folgend annehmen, daß die Vorschriften ... vorbehaltlich ausdrücklich anderweitiger gesetzlicher Regelung, dem Begünstigten auch verwaltungsgerichtliche verfolgbare Rechte gewähren."

vom 24.6.1954 ³⁷⁾ fest, daß der einzelne zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, aber nicht Untertan, sondern Bürger sei. Darum dürfe er nicht lediglich Gegenstand staatlichen Handelns sein, sondern müsse als selbständige verantwortliche sittliche Personlichkeit und daher auch als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt werden.

Auf diese erstarkte Stellung des Individuums gegenüber der Staatsgewalt weist auch Bachof hin, wenn er ausführt: ³⁸⁾

" So muß aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes mit seinem Bekenntnis zum Primat der menschlichen Persönlichkeit und der menschlichen Freiheit, zu ihrem Vorrang vor den Staatsinteressen, mit seiner Sozialstaatserklärung, sowie schließlich mit seiner Tendenz einer durchgängigen Beschränkung und Kontrolle staatlicher Machtäußerung, auf einen Rechtsschutz aller bislang nur objektiv-rechtlich geschützten Individualinteressen zu schließen sein. Es widerspricht einer freiheitlich demokratischen Grundordnung, den einzelnen in irgendeiner seiner Beziehungen zur Staatsgewalt als bloßes Objekt der Rechtsordnung zu betrachten, statt als eine zu aktiver Teilnahme an der Verwirklichung der Staats- und Rechtszwecke berufene, mit entsprechender Rechtsmacht ausgestattete Rechtsperson, als Rechtssubjekt. "

Diese in der Verfassung verankerte Stellung des Individuums hat auch ihren Niederschlag in der umfassenden Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gefunden. Dieser Rechtsschutzgarantie kann eine materielle Wirkung auf den Umfang und die Ausübung des subjektiv-öffentlichen Rechts nicht abgesprochen werden. ³⁹⁾ Es besteht vielmehr hierdurch eine Vermutung, daß in den Fällen, in denen dem Individuum ein rechtlich geschütztes Interesse zuerkannt ist, die Möglich-

³⁷⁾ Abgedr. in NJW 1954/1541 f; vgl. auch BayVGH 5/119 ff. und OVG Münster E. 1, 124, 127).

³⁸⁾ Bachof, Vornahmeklage S. 84 ff.

³⁹⁾ Vgl. Forsthoff, VWR 8. Aufl. § 10.

keit der Durchsetzbarkeit gegeben sein muß.⁴⁰⁾

Insoweit bilden heute die Begünstigungen, die vom Gesetzgeber ohne die Möglichkeit der Durchsetzung seitens des Begünstigten gewährt worden sind, die Ausnahme von der allgemein geltenden Vermutung, daß individuell gewollte Begünstigungen im Zweifel mit dem korrespondierenden Recht der Durchsetzbarkeit verbunden sind. Eine andere Auslegung würde gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen, der die schutzlose Auslieferung des einzelnen an die Staatsgewalt verhindern soll.

Läßt also der Gesetzestext keine eindeutige Zuordnung des geschützten Individualinteresses zum subjektiv-öffentlichen Recht auf der einen Seite oder zum bloßen Reflexrecht auf der anderen Seite erkennen, so ist die Interpretation vorzuziehen, die dem Begünstigten ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt.⁴¹⁾

Will der Gesetzgeber eine individuelle Begünstigung ohne das korrespondierende Recht der Durchsetzbarkeit schaffen, so genügt unter Berücksichtigung der einschneidenden Wandlungen, die die Rechtsordnung in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, hierfür nicht

40) Vgl. Bachof, Gedächtnisschrift für Jellinek a.a.O.S.306, der darauf hinweist, daß die wesentliche Funktion des Art.19 Abs. 4 gerade darin besteht, das Gefühl der schutzlosen Auslieferung des einzelnen an die Allmacht des Staates auszuschließen.

41) Vgl. Maunz-Dürig, Komm.Rdnr.37 zu Art.19 Abs.4 GG. Zu dem gleichen Ergebnis kommen E.R.Huber, a.a.O. Bd.1 S.684; Friesenhahn: Recht, Staat u. Wirtschaft Bd.2 1950 S.263, der jedoch bei der Zuerkennung der Durchsetzbarkeit darauf hinweist, daß der Gesetzgeber es in der Hand habe, die Durchsetzbarkeit der Begünstigung zu verneinen, wohingegen Bachof, a.a.O.S.306 dem Gesetzgeber die Möglichkeit abspricht, im Rahmen der Verfassung eine Begünstigung ohne das korrespondierende Recht der Durchsetzbarkeit nach seinem Belieben zu statuieren.

mehr ein bloßes Schweigen. So wie früher dieses Schweigen als ein Indiz für das Nichtbestehen eines subjektiven Rechts angesehen werden mußte, gilt heute unter dem Einfluß des Grundgesetzes die Umkehrung dieser Annahme.⁴²⁾ Das Schweigen ist heute vielmehr als eine Vermutung für das Bestehen eines subjektiven Rechts anzusehen. Im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung hat sich der Bedeutungswandel der vom Gesetzgeber gewollten objektiven Begünstigung in der Weise vollzogen, daß den bislang nur objektiv-rechtlich geschützten Individualinteressen heute der Rang subjektiv-öffentlicher Rechte zuerkannt werden muß.⁴³⁾

Aus diesem Grunde kann, wie das BVerwG in seinem Urteil vom 5.10.1965⁴⁴⁾ festgestellt hat, die Zulässigkeit der Nachbarklage nur unter Verstoß gegen Art.19 Abs. 4 GG verneint werden.

Die Kritik gegen diese vom Grundgesetz ausgehende Auslegung der Normen des öffentlichen Baurechts richtet sich in erster Linie nicht gegen eine zu weite verfassungskonforme Interpretation der Normen, sondern gegen die sich aus der Bejahung subjektiver Rechte ergebenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung des materiellen Umfangs der Klage.⁴⁵⁾

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß nicht jede objektiv gegebene Begünstigung dem Nachbarn eine klegbare Stellung gewähren kann. Es muß jedoch von der widerlegbaren Vermutung ausgegangen werden, daß in einem solchen Falle die Durchsetzbarkeit gegeben ist, wo-

42) Vgl. dazu Rüfner, a.a.O.S.610.

43) So auch Menger, System S.118; Wolff, VWR I S.199; v.Mangoldt-Klein, Komm.S.573.

44) BVerwG in BayVBl.1965/92.

45) Vgl. Evers in Jus 1962/87(89).

bei sich dann im Einzelfall eine Prüfung aller Umstände anschließt, die auf die Annahme eines subjektiven Rechts hindeuten. Nach der geltenden Rechtsprechung⁴⁶⁾ können dafür bloß allgemeine Erwägungen nicht genügen, da sich sonst aus der überwiegenden Zahl der Baurechtsnormen, die wegen der engen Verbindung von Individual- und Allgemeininteresse einen Schutz des einzelnen faktisch enthalten, subjektive Rechte für den Nachbarn ergeben würden.

Im Allgemeinen wird die Klage für zulässig erachtet, wenn die in Frage kommende Baurechtsnorm "ganz oder auch teilweise konkret bestimmbar Individualinteressen zu dienen bestimmt ist" oder "auch dem Schutz des Klägers und nicht ausschließlich dem Gemeinwohl zu dienen ist."⁴⁷⁾ Diese Feststellung kann jedoch nur als das Ergebnis einer eingehenden Prüfung aller in Frage kommenden Umstände angesehen werden. So stellt das OVG Lüneburg⁴⁸⁾ bei der Untersuchung des nachbarschützenden Charakters der Bestimmungen über den Bauwich fest, daß jede Bauordnung einzeln zu untersuchen sei, ob die Bestimmungen nachbarschützenden Inhalt haben, "und ob insbesondere auch ein Wandel der Anschauungen und Verhältnisse, mithin eine zeitnahe Auslegung es rechtfertige, ihr einen solchen Gehalt beizumessen."⁴⁹⁾

46) Vgl. dazu die Ausführungen des OVG Lüneburg in seinem Urteil vom 22.3.1962, DVBl.1962/418 ff.

47) Vgl. Schrödter, Komm.Anm.4 zu § 31 BBauG.
Mang-Simon, Komm.Rdnr.8 zu Urt.89 BayBO.

48) OVG Lüneburg, a.a.O.

49) Vgl. zu der Frage der Auslegung auch Glaser-Dröschel, Das Nachbarrecht in der Praxis 1961 S. 244/245, danach müssen für jede Norm die Besonderheiten des räumlichen Gebietes, z.B. seine Art der Nutzung, für das die Bauordnung gelten soll, berücksichtigt werden.

Kapitel IV

Das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage zum privatrechtlichen Nachbarschutz

1. Die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete

Die Klage des Nachbarn vor dem Verwaltungsgericht ist sowohl hinsichtlich des Streitgegenstandes als auch hinsichtlich der Zielsetzung ein "aliud" gegenüber dem zivilrechtlichen Anspruch und dem zivilgerichtlichen Rechtsschutz.

Die privatrechtliche Klage richtet sich gegen den Bauherrn, der durch die Ausführung seines Bauvorhabens eine Beeinträchtigung der nachbarlichen Grundstückes vornimmt. Die Klage zielt demnach auf die unmittelbare Beseitigung einer bereits gegebenen Beeinträchtigung,¹⁾ während mit der verwaltungsgerichtlichen Klage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt wird mit der Folge, daß nach Aufhebung des Verwaltungsaktes die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangt werden kann.²⁾

Der Nachbar wird durch den Dispens von nachbarschützenden Normen, der als Verwaltungsakt anzusehen ist, in seinen Rechten beeinträchtigt und verletzt, nicht erst die auf Grund der erteilten Baugenehmigung vorgenommene Bauausführung. Nur in den Fällen, in denen

1) Für die Gefahr künftiger Beeinträchtigungen kann u.U. die Möglichkeit einer Feststellungsklage bestehen, wenn der Eigentümer ein berechtigtes Interesse an der alsbaldigen Feststellung dartun kann. Für die unmittelbare Anwendung des § 1004 BGB reicht die bloße Gefahr einer künftigen Beeinträchtigung noch nicht aus. Deshalb stellt die Einreichung eines Bauplanes für ein Vorhaben, durch dessen Ausführung das Eigentum beeinträchtigt werden würde, noch keine vorhandene Beeinträchtigung dar. Vgl. dazu Meisner-Stern-Hodes 4.Aufl. § 38 I 3 S. 667; RGZ in LZ 18 S. 389; BVerwG Urt. v. 5.10.1965 in BayVBl. 1966 S. 92 weist ausdrücklich darauf hin, daß in diesem Fall nur ein verwaltungsgerichtli-

der Bauherr ohne Baugenehmigung baut oder die Grenzen der erteilten Genehmigung eigenmächtig überschreitet, liegt eine unmittelbare Beeinträchtigung durch die Bauausführung vor. Der in der Baugenehmigung enthaltene wirksame Dispens enthebt den Bauherrn von dem zwingenden Verbot, gemäß den allgemein verbindlichen Normen bauen zu müssen. Die Grundlage für eine solche Bauausführung ist demnach die erteilte Genehmigung, durch die der Nachbar in seinen Rechten beeinträchtigt wird und gegen die er vor dem Verwaltungsgericht vorgehen muß.³⁾ Die beiden Klagen haben ihren Ursprung in zwei selbständigen Rechtsgebieten, die grundsätzlich gesondert zu betrachten sind, auch wenn es im Laufe der Entwicklung gerade im Baurecht zu Verzahnungen und Gemengelagen zwischen der Privatrechtsordnung und dem öffentlichen Recht gekommen ist.⁴⁾

Einhellige Meinung besteht darüber, daß primär in Fragen des Nachbarschutzes, als eines typischen zivilrechtlichen Tatbestandes, von den baulichen Privatrechtsnormen ausgegangen werden muß. Die Normen des zivilrechtlichen Nachbarschutzes entstammen der Notwendigkeit, die entgegengesetzten Ausschluß- und Einwirkungsinteressen⁵⁾ der einzelnen Eigentümer einander anzupassen, und sie haben somit die Aufgabe, die divergierenden privatrechtlichen Interessen aller Beteiligten befriedigend auszugleichen.

cher Schutz in Frage kommen kann.

2) Vgl. Menger in VerwArch.61/102.

3) So auch Pietzonka: NJW 57/1583; dagegen der Bay. VGH Urt.v.20.11.1953 - Verw Rspr.Ed.6 Nr.129 S.568, der nicht den Dispens, sondern die tatsächliche Bauausführung als Beeinträchtigung ansieht.

4) Vgl. Mühl NJW 58/772.

5) So Westermann: Bauliches Nachbarrecht S.9.

Dieser Aufgabe kann das private Nachbarrecht aber nur gerecht werden, wenn sich für die mannigfaltigen Aufgaben, die das moderne Baurecht und die rasche Entwicklung unserer Gesellschaft gestellt haben, eine entsprechend breite und ausführlich geregelte gesetzliche Grundlage findet.⁶⁾ Die Regelung des bürgerlich-rechtlichen Zwischenraumrechts im bürgerlichen Gesetzbuch und den einschlägigen Landesgesetzen kann jedoch den heutigen Erfordernissen des modernen Baurechts nicht mehr gerecht werden.

Die bundeseinheitliche Regelung des Nachbarrechts im bürgerlichen Recht und die über Art. 124 EGBGB sich in den stark zersplitterten Landesrechten befindlichen Bestimmungen bilden heute nur einen Teil des effektiven Nachbarschutzes. Im Laufe der Entwicklung hat das öffentliche Baurecht teilweise die Funktion des privaten Nachbarrechts übernommen.⁷⁾

Diese Entwicklung geschah nicht rein zufällig und kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt gesehen werden, daß hier nur eine absichtliche Überführung privaten Rechts in das öffentliche Baurecht vorliegt mit dem Ziel, die Rechte des Nachbarn einer Regelung und Kontrolle durch die öffentliche Verwaltung zu unterstellen.⁸⁾

Die dem Landesgesetzgeber über Art. 3 und Art. 124 EGBGB eingeräumte Möglichkeit, den Nachbarschutz privatrechtlich zu regeln, wurde nur teilweise und in einem für die heutigen Anforderungen unzureichenden Maße genutzt.⁹⁾ Der Verzicht des Landesgesetzgebers, diese Tatbestände zu regeln, hat seine Ursache darin,

6) Vgl. Meisner-Stern-Hodes, a.a.O. S.810.

7) Redeker in NJW 1959 S.751.

8) Sellmann in DVBl.1963 S.279.

9) Kniestedt in DÖV 1962 S.90.

daß im öffentlichen Baurecht schon eine ausreichende Kodifizierung vorgenommen war. So findet sich in den Motiven zum Bayerischen Ausführungsgesetz¹⁰⁾ folgender Hinweis, der diese Situation kennzeichnet:

" Für die Neugestaltung verengert sich die Aufgabe, insbesondere auf dem Gebiete des Baurechts, durch die polizeilichen Vorschriften. Soweit den Bedürfnissen des nachbarlichen Zusammenlebens auf diese Weise genüge wird, bedarf es privatrechtlicher Eigentumsbeschränkungen nicht. "

Aus diesem Grunde hat also der Bayerische Gesetzgeber in den Artikeln 62 - 79 Bay. AGBGB davon Abstand genommen, Regelungen der Grenzabstände durch besondere landesrechtliche Bestimmungen im Sinne des Art. 124 EGBGB vorzunehmen. Man sah den Schutz des Nachbarn durch die Bauordnung für gewährleistet an.

In diesem Zusammenhang sei auch noch auf die Ermächtigung des Art. 4 des Preußischen Wohnungsgesetzes vom 28.3.1918 (GS S.23) hingewiesen, durch die die Baubehörden über die baupolizeilichen Voraussetzungen hinaus Bestimmungen über die Ausweisung von verschiedenen Baugebieten mit entsprechend eingeschränkter Baufreiheit erlassen konnten. Auch die Bauregelungsverordnung vom 15.2.1936 (RG Bl.I S.104) enthält Bestimmungen, die über das reine Baupolizeirecht weit hinausgehen.¹¹⁾ Weiterhin wurden die meisten privatrechtlichen Gebäudeabstandsvorschriften in den älteren Landesrechten aufgehoben und in den einzelnen Bauordnungen öffentlich-rechtlich geregelt.¹²⁾

Im Zuge dieser Entwicklung wurde es möglich, typische zivilrechtliche Tatbestände im öffentlichen Bau-

10) Abgedr. in Henle-Schneider: Die Bayer. Ausführungsgesetze zum BGB 3. Aufl. Vorbem. 2 zum Nachbarrecht S. 116, aufgef. in NJW 1959 S. 342.

11) Vgl. Böhm: Die baurechtliche Behandlung öffentl. Bauten DVBl. 59 S. 727 Anm. 15.

12) So z.B. das preuß. Gesetz v. 28.7.1926 (GS. S. 236), das die Aufhebung priv. Baubeschränkungen in Frankfurt u. Hamburg betraf.
Vgl. dazu Rüdner: a.a.O. S. 611.

recht zu ordnen mit dem Ziel, eine umfassende Regelung im Sinne des modernen Baurechts zu schaffen. Die Verlagerung dieser Vorschriften ins öffentliche Baurecht muß unter dem Gesichtspunkt einer veränderten Anschauung über die rechtliche Ordnung des gesamten Bauwesens gesehen werden. Das moderne öffentliche Baurecht konnte seinen Aufgaben nur gerecht werden, wenn eine im Allgemeininteresse erlassene Bauordnung auch die Interessen der Individuen miteinbezog und damit einen umfassenden Interessenausgleich im Hinblick auf ein übergeordnetes Bauordnungsrecht erreichte.

Mit der zunehmenden Bautätigkeit, der stetig wachsenden Raumenge und der Ausbreitung der Gewerbe- und Industriebetriebe mit ihren Emissionen mußten Tatbestände geregelt werden, für die in der früheren Zeit kein so starkes Bedürfnis zu einer eingehenden Regelung bestanden hatte. So weist Rüfner¹³⁾ mit Recht darauf hin, daß es sich bei den nachbarschützenden Normen des Baurechts im Grunde um Tatbestände handelt, die erst im Laufe der Entwicklung ihre heutige Bedeutung und ihren erheblichen Einfluß auf das Nachbarrecht gewonnen haben.

Das öffentliche Baurecht nahm mit der Verlagerung seiner Aufgabe vom reinen Baupolizeirecht auf das umfassende Bauordnungsrecht auch die Interessen des einzelnen wahr, was seinen Niederschlag zum Beispiel in der eingehenden Regelung des überaus wichtigen Licht- und Luftrechts fand. Darüber hinaus wurden auch die Gebäudeabstände und die bauliche Verwertbarkeit der Grundstücke geregelt, die beide erheblich in das Verhältnis zwischen den benachbarten Eigentümern eingreifen, da sich sowohl aus dem Gebäudeabstand als auch aus der Verwertbarkeit und dem Grade

13) Vgl. Rüfner: a.a.O. S.612.

der baulichen Nutzung eines Grundstücks Beschränkungen in der Ausübung der Herrschaftsrechte der Eigentümer ergeben können.

Als Folge ergibt sich heute, daß das bauliche Nachbarrecht mit der Regelung nachbarlicher Verhältnisse die entsprechend den Gegebenheiten erforderliche Rechtsfortbildung vorgenommen und dadurch eine vergleichsweise moderne Ausgestaltung des nachbarlichen Privatrechts verhindert hat.

2.

2. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis

Die Tendenz der Ausweitung des nachbarlichen Rechtsschutzes hat sich jedoch nicht nur im öffentlichen Baurecht bemerkbar gemacht, sondern sich auch auf das Gebiet des privatrechtlichen Schutzes durch die Entwicklung des Rechtsinstitutes des sogenannten nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses erstreckt.

Dieses vom Reichsgericht in seinen Entscheidungen RGZ 132/56 und 154/161 entwickelte Institut beruht auf der räumlichen Gemeinschaft der Eigentümer. Aus dieser Gemeinschaft ergibt sich die Notwendigkeit, einen Interessenausgleich der verschiedenen Belange der Eigentümer herbeizuführen, um ein angemessenes Zusammenleben zu ermöglichen.¹⁴⁾

Mit der Anerkennung des Grundsatzes von "Treu und Glauben" nach § 242 BGB im Rahmen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses ergab sich die Möglichkeit, über den vergleichsweise engen gesetzlichen Rahmen hinaus einen sachgerechten Interessenausgleich

¹⁴⁾ Vgl. zum Begriff des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses: Westermann: Sachenrecht 4. Aufl. § 63 I; Meisner-Stern-Hodes: 4. Aufl. § 38 I; Kniestedt DÖV 1962/89ff. mit weiteren Nachweisen; Wolff-Raiser: Sachenrecht § 53.

zwischen den einzelnen Eigentümern auf dem Privatrechtswege zu erzielen.

Der Bundesgerichtshof hat sich mit seinen Entscheidungen¹⁵⁾ der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen, wobei es jedoch die subsidiäre Anwendung dieses Instituts gegenüber den Regelungen des BGB und der Landesgesetze ausdrücklich feststellt, da die Beschränkung an sich bestehender Eigentumsrechte aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis eine durch zwingende Gründe erforderliche Ausnahme bleiben müsse.

Die gegen das Gemeinschaftsverhältnis erhobenen Einwände und Bedenken haben sich nicht durchgesetzt. Wenn auch über seine Rechtsnatur heute noch keine Einigkeit besteht,¹⁶⁾ hat das Gemeinschaftsverhältnis sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum¹⁷⁾ immer weitere Vergreitung und Anerkennung gefunden.

So wird heute ein zwischen den benachbarten Eigentümern vorhandenes Schuldverhältnis angenommen, durch das die Eigentümer unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Ausübung ihrer Herrschaftsrechte zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet sind.¹⁸⁾

15) BGH MDR 51/726; BGH NJW 59/2156; Mühl NJW 60/1134.

16) Vgl. Böhmer MDR 59/261.

17) Dazu OLG Köln MDR 55/359; OLG Düsseldorf MDR 60/398 Meisner-Stern-Hodes: a.a.O.S.655; Glaser-Dröschel Nr.34 ff.

18) So kann sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, daß der Nachbar verpflichtet ist, mit seinem Gebäude, für das baurechtlich ein Grenzabstand nicht vorgesehen ist, einen bestimmten Abstand einzuhalten. Er ermöglicht damit seinem Nachbarn einerseits eine ausreichende Lichtzufuhr und andererseits kann dieser auch sein Grundstück bei Einhaltung des geforderten Grenzabstandes voll ausnützen. (OLG Celle Nds.Rpfl. 59/180.

3. Die Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes

Obwohl das bauliche Nachbarrecht seinen Ursprung im bürgerlichen Recht hat und dem Ausgleich von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist, kann es doch als nachbarliches Baurecht nicht völlig losgelöst vom öffentlichen Bauordnungsrecht betrachtet werden.

Aus dem Wesen dieser beiden Rechte ergibt sich vielmehr eine Verzahnung, die durch die wechselseitige Beziehung hervorgerufen wird.¹⁹⁾ Die Art und Weise der Bebauung eines Grundstücks, die vom öffentlichen Baurecht mehr oder weniger stark bestimmt wird, ist für die Frage nach dem Einfluß auf das Nachbargrundstück von erheblicher Bedeutung. Insofern ergänzen sich das private Nachbarrecht und das öffentliche Baurecht, auch wenn sie ihren Ursprung in verschiedenen Rechtsgebieten haben.

Diese aus dem Wesen der beiden Rechte sich ergebende enge Beziehung wurde mit der Anerkennung nachbarschützender Normen im öffentlichen Baurecht noch verstärkt. Solange jedoch der Nachbarschutz im öffentlichen Recht lediglich als eine Reflexwirkung objektiven Rechts angesehen wurde und dem Nachbarn eine verwaltungsgerichtliche Durchsetzung des faktisch gegebenen Schutzes abgesprochen wurde, ergab sich noch nicht das Problem der Zweigleisigkeit des nachbarlichen Rechtsschutzes. Da der Nachbar sich nur auf das materielle Privatrecht stützen konnte, um seine Rechte gegenüber dem benachbarten Eigentümer durchzusetzen, blieb eine Beachtung der öffentlichen Normen im Rahmen des Zivilprozesses außer Betracht. Obwohl das öffentliche Baurecht tatsächlich teilweise Funktionen des privaten Nachbarrechtes übernimmt

19) Vgl. Westermann a.a.O.S.10, danach kann das Bauordnungsrecht gleichzeitig die Aufgabe mittelbaren Nachbarschutzes wahrnehmen.

hatte, konnte der Begünstigte den auf diesem Wege gegebenen Schutz weder im Zivilprozeß noch auf dem verwaltungsgerichtlichen Wege geltend machen.

--- Mit der Anerkennung der subjektiv-öffentlichen Rechte des Nachbarn im öffentlichen Baurecht und der damit verbundenen Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage trat eine Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes ein, die trotz der inhaltlich engen Verbindung zwischen den beiden Rechtsgebieten Probleme aufwirft, die im Grunde auf der verschiedenen Ausgestaltung und Zielsetzung des zivil- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes beruhen.

Trotz der inhaltlichen Verflechtung beider Klagen werden sie von der Rechtsordnung als scheinbar sich unabhängig gegenüberstehend behandelt. Mit den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten hat sich die Rechtsprechung und das Schrifttum immer wieder auseinandergesetzt. Der Gesetzgeber hat auch nach Anerkennung der subjektiv-öffentlichen Rechte des Nachbarn und der damit verbundenen Eröffnung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges zu dem Problem der nun eingetretenen Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes im Bundesbaugesetz keine Stellung genommen und sich, trotz verschiedener Vorschläge, zu einer umfassenden Regelung des gesamten Nachbarrechts nicht entschlossen.

Der im achten Teil des Entwurfs zum Bundesbaugesetz²⁰⁾ enthaltene Abschnitt, der die Überschrift "Bauliches Nachbarrecht" trug, wurde wieder gestrichen, so daß die §§ 165 ff. des Entwurfs weder als Ergänzungsbestimmungen zum BGB als privatrechtliche Lösung, noch als ein Teil des Bundesbaugesetzes²¹⁾ als öffentlich-rechtliche Lösung verabschiedet wurden.

²⁰⁾ B.T.Drucksache 336 - 3. Wahlperiode.

²¹⁾ So hatte es der Rechtsausschuß und der Bundesrat übereinstimmend vorgeschlagen. Vgl. Hodes JR 59 2011.

Die vor Erlaß des Bundesbaugesetzes in der Literatur aufgezeigten Lösungen und Vorschläge, die zum Teil die Zusammenfassung des gesamten Baurechts in einem Sonderrechtsgebiet, ähnlich des in sich geschlossenen Arbeits- und Wirtschaftsrechts, zum Teil eine rein öffentlich-rechtliche oder auch privatrechtliche Lösung forderten, wurden im geltenden Baurecht nicht berücksichtigt.

In der eingehenden Darstellung des baulichen Nachbarrechts²²⁾ spricht sich Westermann für eine systematische Einheit des gesamten Baurechts aus, wobei er davon ausgeht, daß der sowohl dem Privatrecht als auch dem öffentlichen Baurecht innewohnende Raumordnungsgedanke eine systematische Zusammenfassung des gesamten Baurechts rechtfertige. Diese Zielsetzung erlaube es, ähnlich wie im Berg-Schiffahrts- und Arbeitsrecht, das gesamte Baurecht als ein selbstständiges Rechtsgebiet "mit arteigenem Ordnungsziel"²³⁾ zu kodifizieren.

Auf diese von Westermann vorgetragenen Gedanken wendet Werner²⁴⁾ ein, daß es sich im Baurecht nicht um einen einheitlichen Tatbestand handle, sondern sich

22) Westermann: Bauliches Nachbarrecht, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Bd.3 Jahrgang 1954. Weitere Untersuchungen zu diesem Thema finden sich bei: Liermann: Zur Reform des baulichen Nachbarrechts, a.a.O. Mühl: Baurecht und Privatrechtsordnung in NJW 1958/669 ff.; Redeker: Nachbarklage öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich? NJW 59/794ff.; Böhm: Die baulrechtliche Behandlung öffentlicher Bauten DVBl. 59/726ff.; Frise: Zum Entwurf eines Bundesbaugesetzes NJW 56/613 ff.; Weyreuther: Die Beiladung des Nachbarn im Verwaltungsverfahren des Bauunternehmers MDR 56/518 ff.; Glaser: Rechtsverhältnisse an der gemeinsamen Giebelmauer MDR 56/449 ff.; Herr: Unberechtigter Überbau u. öffentliches Recht MDR 57/340.; Hodes: Die Grenzmauer nach dem Entwurf zum Bundesbaugesetz, JR 59/201 ff.; Werner: DVBl. 52/261.

23) BBauBl. 1952/137.

24) DVBl. 1952/261.

das private Baurecht vom öffentlichen Recht sowohl in Aufgabe als auch in Zielrichtung unterscheide. Inso- weit sei für eine einheitliche Regelung kein Raum.

Auch Mühl²⁵⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß zwar die Ein- heit der Privatrechtsordnung einer Gesamtkodifikation nicht entgegenstehe, eine solche Lösung wegen der We- sensverschiedenheit beider Rechtsgebiete aber nicht als sachgerecht angesehen werden könne, da das öffent- liche Baurecht den privaten Interessen des Indivi- duums nur in beschränktem Umfange zu dienen bestimmt sei.

In diesem Zusammenhang verdienen auch die Vorschläge Beachtung, die sich für eine Möglichkeit des privat- rechtlichen Nachbarschutzes auf Grund der bestehen- den gesetzlichen Regelungen ausgesprochen haben.²⁶⁾

Danach soll der gesamte nachbarrechtliche Schutz durch die Anwendung der öffentlichen Baurechtsnormen mit nachbarschützendem Gehalt als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 oder direkt im Rahmen des nachbarli- chen Gemeinschaftsverhältnisses auf den baurechtli- chen Bereich verlagert werden.²⁷⁾

25) A.a.O. S. 769.

26) Redeker: NJW 59/749 ff. u. Kniestedt DÖV 62/91.

27) Vgl. auch die Stellungnahme des Verwaltungsrechts- ausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum Ent- wurf des Bundesbaugesetzes, der sich für eine Ge- samtregelung der nachbarlichen Tatbestände im BGB aussprach und in seinem Entwurf diesen Tatbestän- den den § 916 a voranstellte mit dem Wortlaut: "Bauliche Maßnahmen sind unzulässig, wenn der Eigentümer eines Nachbargrundstückes durch sie in der Nutzung oder Verwertung seines Grundstücks unzumutbar beeinträchtigt wird. Die Zumutbarkeit richtet sich insbesondere nach den geltenden lan- desrechtlichen oder ortsrechtlichen Vorschriften, den örtlichen Verhältnissen einschließlich der beabsichtigten baulichen Gestaltung der Umgebung und den sich aus dem nachbarlichen Gemeinschafts- verhältnis ergebenden Pflichten." Außerdem forder- te der Deutsche Anwaltsverein über die Regelung der einzelnen Tatbestände hinaus vor allem eine ab- schließende Klärung des Verhältnisses von öffent- lichem und privatem Recht durch den Gesetzgeber.

4. Die Anwendung der nachbarschützenden Normen des öffentlichen Baurechts als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB

Keine Schwierigkeit bei der Verhinderung der Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes besteht in den Fällen, in denen dem Nachbarn eine verwaltungsgerichtliche Klage verwehrt ist, er also nur auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden kann.

Das trifft immer dann zu, wenn eine Baugenehmigung ohne Dispens von zwingenden nachbarschützenden Vorschriften erteilt worden ist und ein solcher Dispens im Einzelfalle auch nicht notwendig gewesen wäre.²⁸⁾

Bei fehlender und auch nicht erforderlicher Dispensierung wird das geltende Baurecht unverändert zur Anwendung gebracht, so daß eine Beeinträchtigung von Nachbarrechten durch die Erteilung der Baugenehmigung nicht möglich ist. Hält sich die Verwaltungsbehörde an die in den Bauordnungen nominierten Voraussetzungen, so ist begrifflich eine Verletzung der durch die Bauordnung geschützten Rechte des Nachbarn unmöglich. Eine Klage des Nachbarn vor dem Verwaltungsgericht muß also in diesen Fällen ausscheiden, weil dem Nachbarn Einwendungen aus dem öffentlichen Recht nicht erwachsen können. Sollten sich bei der Ausführung des Bauwerks Einwendungen aus dem Zivilrecht ergeben, so steht dem Nachbarn der Zivilrechtsweg offen.

Macht die Verwaltungsbehörde im Rahmen der Baugenehmigung eine Ausnahme von baurechtlichen Vorschriften, so kann auch in dieser Lage der Nachbar nicht im Wege einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Baugenehmigung vorgehen, es sei denn, daß die Voraussetzun-

28) So die ständige Rechtsprechung und überwiegende Meinung: BVerwG NJW 54/1214; OVG Münster DÖV 60. 432; Mang-Simon: a.a.O. Anm. II zu Art. 89 BcyBO; Böhm: a.a.O. S. 727; Gelzer NJW 58/325; Meisner-Stern-Hodes: a.a.O. § 45.

gen für die Ausnahmeregelungen nicht gegeben sind.²⁹⁾ Im Gegensatz zum Dispens wird durch die Ausnahme das Baurecht nicht materiell abgeändert, sondern der Ausnahmefall ist in den einzelnen Vorschriften geregelt, also Bestandteil der jeweiligen Bestimmung.³⁰⁾ Bei einer Ausnahmeregelung, die den erforderlichen Voraussetzungen entspricht, werden klagbare Rechte des Nachbarn nicht berührt. Sind diese Ausnahmeveraussetzungen jedoch nicht erfüllt, geht also der Antrag des Bauwerbers über die mit einer Ausnahme zu regelnde Abweichung vom Baurecht hinaus, so wird für die Bewilligung des Bauantrages ein Dispens erforderlich. Ist dieser Dispens jedoch nicht erteilt, obwohl er an sich erforderlich war, dann steht dem Nachbarn ein Klagerecht vor dem Verwaltungsgericht zu, da die Fälle, in denen ein erforderlicher Dispens fälschlicherweise nicht erteilt worden ist, ebenso zu behandeln sind, wie wenn ein Dispens erteilt worden wäre. Es besteht kein Grund, dem Nachbarn bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit der Bauerlaubnis wegen Fehlers des erforderlichen Dispenses ein Klagerecht zu verweigern, das ihm bei erfolgter Dispensierung gewährt wird.³¹⁾

Dies gilt jedoch nicht für die Fälle, in denen der

29) Die Ablehnung der verwaltungsgerichtlichen Klage in den Ausnahmefällen ist bestritten. So: OVG Münster Beschl.v.15.12.59 - DÖV 60/432 ff. - Verw.Rspr.Bd.12 Nr.219; Mang-Simon a.a.O. Anm.II zu Art.89 bay. BO; a.A.: Meisner-Stern-Hodes § 45,1 und Böhm a.a.O.S.727, die Dispens und Ausnahme hier gleichstellen; Schrödter: Komm. zum BBauG Anm.2 zu § 31.

30) Vgl. den vorstehenden Beschluß des OVG Münster, wonach eine mit Ausnahmen erteilte Baugenehmigung lediglich besagt, daß öffentl.-rechtl. Hindernisse dem unveränderten öffentl. Baurecht nicht entgegenstehen.

31) Vgl. OVG Münster DÖV 60/432; OVG Lüneburg DVBl. 32/418.

Bauherr eigenmächtig über den Rahmen des genehmigten Bauvorhabens hinaus seine Bauausführung erweitert und dafür einen behördlichen Dispens an sich nötig gehabt hätte.³²⁾

Bei der Untersuchung der Verzahnung und Zweigleisigkeit des nachbarlichen Rechtsschutzes muß demnach berücksichtigt werden, daß bei der verwaltungsgerichtlichen Klage in der Regel die Aufhebung einer unter Dispens von nachbarschützenden Vorschriften erteilten Baugenehmigung begehrt wird. Das ist von erheblicher Bedeutung für die Beurteilung der Frage, inwieweit öffentliche Baurechtsnormen entweder als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs.2 BGB oder direkt für die Ausgestaltung des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses herangezogen werden können, denn eine Verlagerung des gesamten nachbarlichen Rechtsschutzes auf das private Recht ist nur möglich, wenn die Anwendung der Baurechtsnormen als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB auch für die Fälle der Dispensierungen anerkannt werden kann.³³⁾

Mit der Annahme von nachbarschützenden Normen im öffentlichen Baurecht steht grundsätzlich der Anerkennung dieser Vorschriften als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nichts im Wege. Nur wenn man davon ausgeht, daß die Vorschriften der Bauordnungen allein im öffentlichen Interesse erlassen sind, muß man folgerichtig auch den Schutzgesetzcharakter dieser Normen ablehnen.³⁴⁾ Schutzgesetze können ihren Ursprung auch im öffentlichen Recht haben und polizeirechtlicher Natur sein,³⁵⁾ sofern sie auch dem Schutz

32) OVG Lüneburg Urt.v.13.10.58 BBauBl.59/401.

33) Vgl. dazu Rüfner: DVBl.63/609 u. Meyer IWW 62/138, die darauf hinweisen, daß bei nicht dispensierten baurechtswidrigen Zuständen der zivilrechtliche Nachbarschutz anzuwenden sei.

34) Vgl. OLG Celle in NJW 53/388 und MDR 54/241.

35) Vgl. Redeker NJW 59/749ff.; RGR.-Komm.BGB 10.Aufl. § 823 Anm.14 II

des Einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises zu dienen bestimmt sind.³⁶⁾ Allerdings können nur solche Vorschriften in Betracht kommen, die ein bestimmtes Gebot oder Verbot aussprechen.³⁷⁾

Diese Bestimmtheit der Norm in Bezug auf ein Gebot oder Verbot entfällt jedoch im Falle der Dispensierungsmöglichkeit seitens der Verwaltungsbehörde, denn bei einer Dispenserteilung bekommt die Norm erst mit der Entscheidung der Behörde einen verbindlichen Inhalt. Die Möglichkeit der Befreiung von zwingenden Vorschriften entzieht den nachbarschützenden Normen den Schutzgesetzcharakter im Sinne des § 823 Abs.2 BGB.

Nur dann, wenn eine Dispensierung von zwingenden nachbarschützenden Normen in den Baugesetzen und Bauordnungen nicht vorgesehen ist oder ein Dispens nur mit Genehmigung des betroffenen Nachbarn erteilt werden darf, ist der betreffenden Norm der Schutzcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zuzubilligen.

Soll eine Norm des öffentlichen Baurechts als Schutzgesetz herangezogen werden, so ist also zu prüfen, ob diese Norm in den einzelnen Bauordnungen dem Individualinteresse zu dienen bestimmt ist, also nachbarschützenden Charakter hat, und eine Dispensierungsmöglichkeit hinsichtlich dieser zwingenden nachbarschützenden Norm unmöglich oder nur mit Genehmigung des Nachbarn möglich ist. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so muß die Anwendung im Rahmen des § 823 Abs.2

36) Auch wenn die Normen dem öffentlichen Recht angehören und daher keine Landesgesetze i.S.d.Art.124 EGBGB sind, bestehen für ihre Anwendung als Schutzgesetze i.S.d.§823II BGB keine Bedenken; vgl. OLG München Urt.v.6.10.58=NJW 59/341 ff.; Staudinger EGBGB 10.Aufl.Anm.12 zu Art.124.

37) Vgl. Seufert, Anm.zu dem Urt.des OLG München NJW 59/1184.

BGB verneint werden.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Zulassung einer Baurechtsnorm als Schutzgesetz spricht, besteht darin, daß die Befreiung gegenstandslos sein würde, wenn der Nachbar vor dem ordentlichen Gericht ohne vorherige Anrufung des Verwaltungsgerichts die Herbeiführung eines Zustandes verlangen könnte, von dem die Verwaltungsbehörde den Bauherrn wirksam befreit hat. Der Bauherr müßte also trotz des erteilten Dispenses immer damit rechnen, daß der Nachbar ihn nachträglich vor den Zivilgerichten auf Beseitigung des errichteten Bauwerks verklagen kann. Dies würde jedoch zu einer kaum vertretbaren Rechtsunsicherheit führen und die vom Gesetzgeber gewollte Möglichkeit einer Dispensierung illusorisch machen.

Der Dispens setzt bei Wirksamkeit die einzelnen Baurechtsnormen für den konkreten Fall außer Kraft und ändert das materielle Recht bindend ab. Die durch den Verwaltungsakt der Befreiung eingetretene Tatbestandswirkung ist auch für das ordentliche Gericht bindend, sofern nicht eine offenkundige Nichtigkeit des Dispenses gegeben ist. Das ordentliche Gericht kann also nur prüfen, ob der Dispens nichtig ist.³⁸⁾

Die in diesem Zusammenhang vom OLG München vertretene Ansicht³⁹⁾, wonach die Zivilgerichte einen unanfechtbaren oder nicht angefochtenen Baubescheid auf seine Übereinstimmung mit dem geltenden Baurecht und einen damit verbundenen Dispens daraufhin überprüfen können, ob die Ermessensentscheidung der Baubehörde fehlerhaft war, kann nicht gefolgt werden.

38) Vgl. Pietzonka NJW 57/1582, 1583; Redeker a.a.O. S. 751.

39) OLG München U.v. 6.10.58 m. Anm.v. Seufert NJW 58/1184 ff.; vgl. Redeker, der dieser Entscheidung vom Ergebnis her beitrifft, dazu Meisner-Stern-Hodes a.a.O. Anm. 11, § 45, 3.

Der Versuch des OLG München, bei der mit einem Dispens erteilten Baugenehmigung zwischen Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zu unterscheiden, um damit zu einer Möglichkeit zu kommen, die Ermessensentscheidung der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte zu überprüfen, muß fehlschlagen, da die ordentlichen Gerichte nicht befugt sind, die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit eines Verwaltungsaktes festzustellen.⁴⁰⁾ Auch der unrechtmäßige Verwaltungsakt behält bis zu seiner erfolgreichen Anfechtung vor den Verwaltungsgerichten seine Wirksamkeit. Insoweit ist den ordentlichen Gerichten mit der Feststellung der Unrechtmäßigkeit, d.h. der Verwaltungsakt widerspricht bestimmten nachbarschützenden Normen des öffentlichen Baurechts, wenig gedient. Der Ermessensfehler führt nur zur Anfechtbarkeit des Verwaltungsaktes, nicht aber zur Beseitigung seiner Tatbestandswirkung ohne vorherige Anfechtung vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.⁴¹⁾

Damit für den Nachbarn § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der jeweiligen nachbarschützenden Baurechtsnorm zum Zuge kommen kann, ist erforderlich, daß der Bauherr das zugunsten des Nachbarn bestehende Schutzgesetz rechtswidrig und schuldhaft verletzt hat. Die Rechtswidrigkeit muß aber dann verneint werden, wenn dem Bauherrn ein rechtswirksamer Dispens von der nachbarschützenden Vorschrift erteilt worden ist. In einem solchen Dispens ist die Feststellung getroffen, daß die von der Baurechtsnorm vorgenommene Abweichung auch im Hinblick auf den Schutz des Nachbarn nach dem öffent-

40) Vgl. die Ausführungen Seuferts in der Anm. zum Urt. d. OLG München a.a.O.S.1185, der zutreffend darauf hinweist, daß die Wirkung des Verwaltungsaktes nicht von seiner Rechtmäßigkeit, sondern von seiner Wirksamkeit i.S. der Tatbestandswirkung abhängt. Vgl. Forsthoff 5.Aufl.S.237; BGHZ 4, 302 = NJW 52/583; BGH NJW 53/862.

41) Vgl. Schrödter: Komm.a.a.O.Anm.4 zu § 31 BBauG.

lichen Baurecht erlaubt ist.

Im Falle der Rechtswidrigkeit des erteilten Dispenses ist für eine zivilrechtliche Klage gemäß § 823 Abs. 2 BGB erforderlich, daß der Nachbar zuvor gegen die mit einem Dispens erteilte Baugenehmigung Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben hat, denn nur das Verwaltungsgericht kann die Unwirksamkeit der getroffenen Dispensierung, die Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung nachbarlicher Rechte ist, feststellen.⁴²⁾ An das abweisende oder stattgebende Urteil des Verwaltungsgerichts ist das ordentliche Gericht gebunden.⁴³⁾

Sollte das Verwaltungsgericht der Klage des Nachbarn stattgeben, so muß der Nachbar vor dem ordentlichen Gericht beweisen, daß der Bauherr schuldhaft gehandelt hat. Der Beweis, daß der Bauherr die Rechtswidrigkeit des Dispenses und eine damit verbundene Rechtswidrigkeit der Bauausführung gekannt hat oder kennen mußte, wird dem Nachbarn schwerlich gelingen, abgesehen von den Fällen, in denen der Bauherr die Baugenehmigung arglistig erschlichen hat. Nur wenn der Dispens offensichtlich nichtig ist⁴⁴⁾ oder der Bauherr ohne einen an sich erforderlichen Dispens eigenmächtig den durch die Baugenehmigung gesteckten Rahmen überschritten hat und unter Umständen Auflagen und Bedingungen schuldhaft nicht beachtet hat, ist für eine Klage vor dem ordentlichen Gericht unter Heranziehung der öffentlichen Baurechtsnormen als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB Raum. Ansonsten ist immer eine Klage vor dem Verwaltungsgericht erforderlich, um die mit einem Dispens erteilte Baugenehmigung zu Fall zu bringen.

42) Vgl. BGHZ 4/302 = NJW 52/583; sowie Glaser-Dröschel, a.a.O.S.254.

43) BGHZ 9/329 = NJW 53/1103.

44) RGZ 138/14; BGHZ 4/302 = NJW 52/583.

Auch wenn man also - entgegen der hier vertretenen Auffassung - die Anwendung der Baurechtsnormen als Schutzgesetze bejaht - kann dennoch der Schutz des Nachbarn nicht gänzlich auf das Gebiet des Zivilrechts verlagert werden, da bei der Erteilung von Baugenehmigungen mit einem Dispens von nachbarschützenden Vorschriften auf eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung auch im Rahmen der zivilrechtlichen Abwicklung des Nachbarschutzes nicht verzichtet werden kann. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Baugenehmigungen "unbeschadet der Rechte Dritter" ergehen.

5. Der Einfluß der Baugenehmigung auf die Rechte Dritter

Bei der Prüfung, ob der Nachbarschutz vor den ordentlichen oder vor den Verwaltungsgerichten durchzusetzen ist, hat die Rechtsprechung immer scharf zwischen den Einwendungen aus dem privaten und dem öffentlichen Recht unterschieden.⁴⁵⁾

Nur bei Einwendungen aus dem öffentlichen Baurecht ist die öffentliche Nachbarklage gegeben, privatschriftliche Einwendungen können und sollen von den Verwaltungsgerichten nicht beachtet werden, denn durch die erteilte Baugenehmigung bleiben die privaten Rechte des Dritten unberührt. Es steht dem Nachbarn frei, seine privaten Rechte mit dem sich aus dem Zivilrecht, dem BGB und den einzelnen Landesgesetzen ergebenden Einwendungen vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen.

45) Vgl. dazu die Entscheidungen des Bay.VGH v.10.6.52 Amtl.Slg.NF 5/119; v.29.7.52 Amtl.Slg.NF 5/191; VGH München 21.1.54 NJW 54/1216; Evers: Jus 62 91; Mang-Simon, a.a.O.Vorbem.zu Art.89 BayBO aus der amtl. Begründung.

Die Beachtung privatrechtlicher Einwendungen seitens der Verwaltungsbehörde bildet eine Ausnahme und ist nur bei den sogenannten liquiden Einwendungen zulässig.⁴⁶⁾ Zu den liquiden Einwendungen zählen die Fälle, in denen es offensichtlich auf der Hand liegt, daß das vom Bauwilligen beantragte Bauvorhaben die privaten Rechte Dritter beeinträchtigen wird. Nur dann kann dem Bauwerber von der Baubehörde die Baugenehmigung unter Hinweis auf die privatrechtliche Lage verweigert werden. Dies geschieht jedoch nicht, weil die Baubehörde die privatrechtlichen Einwendungen zu beachten hat, vielmehr nur, um das Verwaltungsverfahren aus rein pragmatischen Gründen zu konzentrieren und zu beschleunigen.⁴⁷⁾ Eine Nichtbeachtung einer liquiden Einwendung führt dann folgerichtig auch nicht zur Fehlerhaftigkeit der Baugenehmigung, sondern die Genehmigung kommt voll zum Tragen. Es bleibt auch hier dabei, daß die Baugenehmigung nur eine Erklärung der Baubehörde darstellt, daß dem beabsichtigten Bauvorhaben aus dem zur Zeit der Genehmigung geltenden öffentlichen Recht Bestimmungen nicht entgegenstehen.⁴⁸⁾ Die Wirkung der Baugenehmigung ist insoweit rein deklaratorisch und beeinträchtigt die privaten Rechte Dritter nicht.

Dieser Grundsatz hat in den meisten Bayordnungen mit der Formulierung: "Die Baugenehmigung ergeht unbeschadet der Rechte Dritter" ausdrücklich oder sinngemäß seinen Niederschlag gefunden.⁴⁹⁾ Einig ist man sich insoweit, als unter "Rechte" hier immer nur die privaten Rechte Dritter verstanden werden können.⁵⁰⁾

46) Vgl. Bay. VGH Urt. v. 16. 12. 52 BBBl. 53, 419.

47) Dazu Mayer BayVBl. 60/335f.; Kersten Bay. VBl. 61/233.

48) So ProVG 98/220; 110/268.

49) Vgl. z. b. Art. 91 Ziff. 7 BayBO: "Die Baugenehmigung wird unbeschadet der Rechte Dritter erteilt."

50) So auch Rübner: DVBl. 63 S. 609; Böhm DVBl. 59/727.
Mang-Simon: a. a. O. Anm. III 3d u. Art. 89 BayBO.

denn über die Vorschriften der Bauordnung können die Baubehörden kraft ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung in vollem Umfange disponieren.

Mit der Anerkennung der nachbarschützenden Vorschriften und der Möglichkeit, diesen Schutz vor dem Verwaltungsgericht durchzusetzen, hat sich an dieser Situation nichts geändert. Es darf allerdings dieser Nachbarschutz mit dem privatrechtlichen Schutz nicht in der Weise vermengt werden, daß die Baugenehmigung auch unbeschadet der im öffentlichen Baurecht gegebenen nachbarschützenden Rechte ergeht.⁵¹⁾

Solange das öffentliche Baurecht rein polizeilichen Charakter hatte und nur die Belange der Allgemeinheit zu schützen bestimmt war, konnten unter "Rechte" nur private Rechte verstanden werden, weil die Bauordnung dem Dritten keine schutzwürdige Position einräumte.⁵²⁾

Mit der Anerkennung nachbarschützender Vorschriften ist nun insoweit ein Wandel eingetreten, als man jetzt den Grundsatz der Nichtbeeinträchtigung der Rechte Dritter durch die Baugenehmigung nur aufrechterhalten kann, wenn man unter Rechte allein die durch die private Rechtsordnung geschützten Rechte versteht.

Dispensiert also die Baubehörde von einer nachbarschützenden Baurechtsnorm, so greift sie sehr wohl in die Rechte des Nachbarn ein, nämlich in seine öffentlich-rechtlich geschützte Position. Es besteht bei einer solchen Dispenserteilung immer die Vermutung dafür, daß der Nachbar durch den Bau über das allgemeine Maß hinaus in der Nutzung seines Grundstücks in

51) So Redeker u. Kniestedt a.a.O., die vorbringen, daß in jedem Fall die Baugenehmigung unbeschadet der Rechte Dritter erginge, wobei sie unter Rechte offenbar auch die sich aus dem Baurecht ergebenden Rechte verstanden wissen wollen, wenn sie auf die privatrechtliche Funktion der Baurechtsnormen hinweisen.

52) Vgl. Meyer DWW 62/140.

baulicher und sonstiger Beziehung beeinträchtigt wird.⁵³⁾

Auch wenn diese Rechte ihrem Ursprung und Wesen nach eigentlich dem privatrechtlichen Bereich angehören und durch sie typisch zivilrechtliche Tatbestände geregelt werden können,⁵⁴⁾ so ändert das jedoch nichts daran, daß sie als Normen des öffentlichen Rechts eine von der Zivilrechtsordnung verschiedene Behandlung erfahren müssen. Daher können sich die ordentlichen Gerichte nicht über die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden hinwegsetzen, wenn sie die nachbarschützenden Bestimmungen des öffentlichen Baurechts für die Ausgestaltung des nachbarlichen Schutzes im Privatrecht heranziehen wollen.⁵⁵⁾

Es ist also mit der Übernahme des öffentlichen Nachbarschutzes in das private Recht, sei es als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, sei es unter unmittelbarer Anwendung auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, de lege lata wenig gewonnen, da bei einem Dispens von nachbarschützenden Vorschriften der Nachbar vor den Verwaltungsgerichten Schutz suchen muß. Wenn die Bestimmungen auch unmittelbar nachbarschützenden Charakter im Sinne des Privatrechts haben, können wegen der Verschiedenartigkeiten des öf-

53) Vgl. Böhm: a.a.O.S.727.

54) Es kann Redeker a.a.O.S.752 nicht beigetreten werden, wenn er ausführt: "Die ordentlichen Gerichte können der Nachbarklage durchaus stattgeben und die Einhaltung eines bestimmten Grenzabstandes verlangen, obwohl die Baugenehmigungsbehörde hier von Dispens erteilt hat. Der Bauschein wird unbeschadet der Rechte Dritter erteilt." Für die Abstandsvorschriften z.B. trifft diese Feststellung jedoch nicht zu, da die Baubehörde mit ihrer Genehmigung in diese Rechte eingreift, mögen sie auch privatrechtliche Funktionen erfüllen.

55) So auch Meyer: DWW 62/140.

fentlichen Rechts und der Privatrechtsordnung die ordentlichen Gerichte nicht die Aufgaben der Verwaltungsgerichte übernehmen oder sich über Entscheidungen der Verwaltungsbehörden hinwegsetzen.

Alle Versuche, dem Nachbarschutz im Rahmen der heute geltenden Rechtsordnung eine einheitliche Form zu geben, um die unerwünschte Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes zu beseitigen, müssen daher scheitern.

Ein großer Teil des Nachbarschutzes hat im Laufe der Entwicklung eine öffentlich-rechtliche Regelung erfahren. Die Wahrung dieses Schutzes ist eine Aufgabe der Verwaltungsgerichte geworden. Diese Aufgabe ist mit den Zielsetzungen des modernen Verwaltungsrechts durchaus vereinbar. Es hat sich im Laufe der Entwicklung gezeigt, daß das Verwaltungsrecht in immer stärkerem Maße Schutzfunktionen zur Wahrung der individuellen Freiheit übernommen hat.⁵⁶⁾

Eine Lösung, das doppelte Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und dem ordentlichen Gericht zu verhindern, könnte in dem Versuch bestehen, dem Nachbarn durch eine stärkere Beteiligung am Baugenehmigungsverfahren die Möglichkeit zu geben, offenbar begründete privatrechtliche Einsprüche vorzubringen, die von der Verwaltungsbehörde mit zu berücksichtigen wären. Eine stärkere Beteiligung des Nachbarn in Befreiungsfällen, vielleicht grundsätzlich in Form einer Genehmigung, die für die Erteilung des Dispenses Voraussetzung wäre, könnte frühzeitig eine Kollision zwischen den Interessen des Bauherrn und den Belangen des Nachbarn verhindern.⁵⁷⁾ Im Landesrecht finden

56) Vgl. Forsthoff a.a.O.S.320 ff.

57) Einschränkend allerdings: Mang-Simon: a.a.O.Vorbem.zu Art.89 BayBO mit der Feststellung, daß die starke Beteiligung des Nachbarn am Bauaufsichtsverfahren zu schlechten Ergebnissen in der Praxis geführt habe, da das Verfahren durch offensichtlich unbegründete Einsprüche stark hinausgezögert werde.

sich in vereinzelten Fällen Regelungen, in denen der Gesetzgeber eine Koordinierung des privaten Nachbarrechts und des öffentlichen Baurechts vorgenommen hat, um die Doppelgleisigkeit des Rechtsweges auszuschalten.⁵⁸⁾ Eine mißbräuchliche Verweigerung der Genehmigung seitens des Nachbarn durch Vorbringen von privatrechtlichen Einwendungen müßte dann durch das ordentliche Gericht aufgehoben werden. Während die öffentlichen Einwendungen von der Verwaltungsbehörde abzuwägen und zu beachten sind, müßte also hinsichtlich der privatrechtlichen Einwendungen im Rahmen des Bauaufsichtsverfahrens eine gütliche Einigung zwischen Bauherr und Nachbar versucht werden und, falls diese mißlingt, noch vor Erteilung der Genehmigung eine privatrechtliche Entscheidung herbeigeführt werden.

Auch müßte seitens der Baubehörden von der Möglichkeit, zu dispensieren, nur in außergewöhnlichen Fällen Gebrauch gemacht werden, wobei die strengen gesetzlichen Voraussetzungen des Dispenses genau zu beachten sind.⁵⁹⁾ Denn nur, wenn man den Dispens als letzte Möglichkeit, als letztes Mittel, betrachtet, Ungerechtig-

58) Regelungen dieser Art enthalten § 30 Abs.1 der Bremer BauPolVO v.21.10.1906, wonach für bestimmte Entfernungen von Ausbauten die Genehmigung des Nachbarn erforderlich ist; ferner der bereits angeführte § 36 Abs.2-4 der Hamburger BauPolVO und der § 37 der Saarländischen BauO v.19.7.55, dort darf unter bestimmten Voraussetzungen die Baugenehmigung erst erteilt werden, wenn sich die beteiligten Baueigentümer rechtsverbindlich geeinigt haben oder eine Entscheidung des ordentlichen Gerichts darüber ergangen ist. Vgl. die Aufstellung bei Meisner-Ster-Hodes a.a.O.S.812.

59) Vgl. zur Handhabung der gesetzlichen Dispensvoraussetzungen seitens der Behörden OVG Münster OVGE 13/65 (70).

keiten und unbillige Härten für den einzelnen zu verhindern, kann auf diesem Wege schon die Wahrscheinlichkeit einer Kollision der Interessen der benachbarten Eigentümer vermindert werden.

Kapitel V

Der Baudispens und sein Einfluß auf die nachbarschützenden Normen

1. Die Kollision zwischen Nachbarschutz und Baudispens

Auf den ersten Blick steht die Institution des baurechtlichen Dispenses den Aufgaben und der Durchführung des Nachbarschutzes entgegen, denn die Baubehörden haben die Möglichkeit, durch die Erteilung einer Befreiung auch von zwingenden nachbarschützenden Normen den Nachbarschutz einzuschränken und teilweise aufzuheben.

Die Verwaltungsgerichte haben daher immer wieder die Frage zu untersuchen, ob der Nachbar durch den dem Bauherrn erteilten Dispens in seinen Rechten beeinträchtigt worden ist, obwohl doch die Dispensierungsmöglichkeit ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist.¹⁾ Die Kollision zwischen dem Nachbarschutz und dieser Dispensierungsmöglichkeit, die der Durchsetzung dieses Schutzes entgegenstehen kann, ist eine typisch baurechtliche Erscheinung, da sowohl der nachbarschützende Gehalt einzelner Normen bejaht werden muß als auch auf die Dispensationsmöglichkeit seitens der Baubehörde auf Grund der gesamten Konstruktion des Baurechts nicht verzichtet werden kann.²⁾

Diesen Widerstreit beider im Gesetz normierter Positionen hat der Gesetzgeber dadurch auszugleichen versucht, daß er die rechtliche Ausgestaltung und die Voraussetzungen für die Erteilung eines Dispenses einer zwingenden gesetzlichen Regelung unterwarf. Nur

1) Vgl. Pietzonka in NJW 1957/1582.

2) Vgl. Meyer in DWW 1962/133.

so ist es möglich, die offensichtlich sich entgegenstehenden Interessen auszugleichen und auf diesem Wege die Dispensierungsmöglichkeit der Verwaltungsbehörden mit dem Nachbarschutz zu koordinieren.

Der baurechtliche Dispens ist eine dem Wesen des öffentlichen Baurechts entsprechende Erscheinung. Auf Grund der Vielfältigkeit des Baugeschehens ist es unmöglich, die entstehenden konkreten Tatbestände einer allgemein geltenden, starren Regelung zu unterwerfen. Dies würde zwangsläufig zu Ungerechtigkeiten und unbilligen Härten für die beteiligten Rechtsgenossen führen.³⁾ Die durch den Dispens entstehende Auflockerung des Baurechts entspricht weniger der Zweckmäßigkeit in der Handhabung der Baurechtsmaterie als vielmehr der Notwendigkeit, unbillige Härten, die durch die Anwendung der allgemeinen Rechtssätze auf die konkreten Tatbestände auftreten würden, durch eine elastische und flexible Anwendung des Baurechts im Einzelfall zu vermeiden.⁴⁾ Aus diesem Grunde haben die Baugesetze und Bauordnungen seit jeher den Grundsatz verankert, daß die Baubehörden im Einzelfall unter bestimmten normierten Voraussetzungen von zwingenden Normen des Baurechts abweichen können.⁵⁾

3) Mang-Simon, a.a.O.Anm.I zu Art.88 BayBO.

4) Vgl. dazu Bettermann:Verwaltungsrecht und Richter-spruch in der Gedächtnisschrift für W.Jellinek, 1 955 S.367 Fußnote 24:"Billigkeit und Zweckmäs-sigkeit werden oft in einem Atemzug genannt, zum Schaden der Klarheit:die billige Entscheidung allein ist immer gerecht, die zweckmäßige nur manchmal."

5) Vgl.z.B. § 65 Abs.2 der BayBO v. 1901 und Art.88 BayBO v. 1962; § 4 der Bad.LandbauO v. 1907 (Bad. GVBl.S.385); § 43 Abs.3 der Thüring.LandbauO v. 1930 (GS S.187); § 6 des Sächs. Baugesetzes v. 1900 und 1932 (sächs.GVBl.v.1900 S.381 und v. 1932 S.133; § 5 der Preuß. EinheitsbauO.

Der Tragweite und Schwere des Eingriffs der Baubehörden in das materielle Recht entspricht das Erfordernis, daß der Dispens als Ausnahmeerscheinung nur auf Grund einer normativen Grundlage erteilt werden darf. Für diese Grundlagen können nur materiell-rechtliche Vorschriften, die sachliche Anforderungen an die Erteilung des Dispenses stellen, nicht dagegen bloße Verfahrensschriften in Betracht kommen.⁶⁾ Eine andere Regelung würde den Prinzipien des Verwaltungsrechts widersprechen, wonach eine Abänderung zwingender Vorschriften ohne ausreichende gesetzliche Grundlage unmöglich ist.⁷⁾ Hierdurch unterscheidet sich der Dispens grundlegend von der sogenannten Ausnahme. Ausnahmen sind solche Abweichungen von baurechtlichen Normen, die als Regel- oder Sollvorschriften aufgestellt oder in denen Ausnahmen ausdrücklich zugelassen sind. Die Ausnahmeregelungen stehen den einzelnen Bestimmungen des öffentlichen Baurechts nicht entgegen, vielmehr sind sie ein Bestandteil der einzelnen Baurechtsnormen. Ihre Anwendung ist in das Ermessen der Baubehörden gestellt, wobei das Ermessen jedoch an bestimmte besondere Voraussetzungen geknüpft sein kann.⁸⁾ Durch den Dispens hingegen werden zwingende Vorschriften des materiellen Baurechts im Einzelfall außer Kraft gesetzt. Man kann insoweit bei einem Dispens von der Abänderung des materiellen Rechts durch einen Verwaltungsakt der Baubehörde sprechen.⁹⁾ Durch die

6) So BVerwG Urt.v.25.10.1956 in DÖV 1957/27.

7) Vgl. OVG Münster OVGE 13/131, wonach die Gewährung eines Dispenses im Gegensatz zur Ausnahme eine Abweichung vom materiellen Baurecht darstellt, die ohne gesetzliche Ermächtigung nicht zulässig ist.

8) Vgl. Schröcter, Komm.a.a.O.Anm.2 zu § 31 BBauG; z.B. § 75 Abs. 1 der Hess.BauO und die dort normierten Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahme.

9) Zur rechtlichen Qualifikation des Dispenses:

Befreiung wird neues objektives Recht geschaffen, an das der Bauherr bei der Durchführung seines Bauvorhabens gebunden ist. Diese Bindung ist so stark, daß der Bauherr eine Rechtsverletzung begehen würde, wenn er sein Vorhaben den ursprünglichen, nicht abgeänderten Bestimmungen gemäß ausführen wollte. Die Befreiung müßte in diesem Fall erst wieder durch einen Verwaltungsakt der Baubehörde beseitigt werden.¹⁰⁾ Daraus wird ersichtlich, wie grundlegend ein Dispens in das geltende Baurecht eingreift. Der im Rahmen der Baugenehmigung erteilte Dispens ist als ein selbständiger Verwaltungsakt (sogenannter Dispensbeschluß) anzusehen, der sowohl mit der Baugenehmigung als auch gesondert erteilt werden kann.¹¹⁾ Dem Nachbarn wird dadurch ausnahmsweise erlaubt, was sonst verboten ist. Die Erteilung des Dispenses muß eine Ausnahmeerscheinung bleiben, da die Voraussetzungen nur in wenigen, ganz besonders gelagerten Fällen gegeben sind.¹²⁾

PrOVGE 29/354; VGH Stuttgart Urt.v.21.4.55 in NJW 55/1811; Glaser-Dröschel a.a.O.247; Pietzonka in NJW 57/1583 m.w.Nachw.; vgl. auch Scheerbarth a.a.O.§ 135, wonach sich durch die Dispensmöglichkeit "eine Schwächung der Normfestigkeit" der zwingenden Bestimmungen ergibt.

10) So Mang-Simon, Komm.Anm.III zu Art.88 Abs.2BayBO.

11) Schrödter, Komm.a.a.O.S.223.

12) Vgl. OVG Münster OVGE 12/131: "Insoweit ist der Dispens ein für das Baurecht typisches Rechtsgebilde, das nicht ins allgemeine ausgedehnt werden darf, so als wenn er ein selbstverständlicher Bestandteil des gesamten Baurechts wäre;" dagegen jedoch BVerwG in DÖV 1957/27; vgl. auch Scheerbarth a.a.O.§135 Anm.406; Pietzonka NJW 57/1583.

2. Die Voraussetzungen für die Erteilung des Dispenses

Die im Gesetz normierten strengen Dispensvoraussetzungen bilden eine Gewähr dafür, daß das Baurecht nicht durch die Dispensierungsmöglichkeit der Baubehörden in zu starkem Maße aufgewicht wird. Damit wird zugleich auch der im Baurecht verankerte Nachbarschutz gesichert und eine Ausschaltung der Belange des Nachbarn durch den Dispens unmöglich gemacht.

Gemäß § 31 Abs. 2 BBauG kann die Baugenehmigungsbehörde auf Antrag des Bauherrn einen Dispens von zwingenden Normen nur erteilen: "wenn die Durchführung des Bebauungsplanes im Einzelfall zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, oder wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern."

Die Erteilung des Dispenses beruht demnach auf einer Ermessensentscheidung der Baugenehmigungsbehörde. Der Bauherr hat keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung, da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß die im Baurecht enthaltenen allgemeinen Regelungen grundsätzlich für alle beteiligten Rechtsgenossen verbindlich sein sollen und trotz der bestehenden Dispensierungsmöglichkeit grundsätzlich auch bleiben müssen.¹³⁾ Dem Antragsteller kann insoweit nur ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung ihm gegenüber zugestanden werden.¹⁴⁾

Die Baubehörde kann sich für eine Erteilung der Genehmigung jedoch nur bei Vorliegen bestimmter normierter Voraussetzungen entscheiden, insoweit ist die Ermessensentscheidung über die allgemein bei der Ermessensausübung geltenden Grundsätze hinaus an das Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe gebunden. Durch diese Bin-

¹³⁾ Glaser-Dröschel a.a.O.S.247; BVerwG in NJW 1955, 725.
¹⁴⁾ Mang-Simon, a.a.O. Anm. IV zu Art. 88 BayBO.

dung wird der Raum bestimmt, innerhalb dessen die Ermessensentscheidungen der Behörden überhaupt stattfinden können.¹⁵⁾ Auch wenn die unbestimmten Rechtsbegriffe als Voraussetzung für den Befreiungstatbestand angesehen werden müssen, ohne deren Vorliegen Ermessenserwägungen der Baubehörde unmöglich sind, ist die Befreiung jedoch nicht als eine sogenannte gebundene Erlaubnis anzusehen. Im Gegensatz zu der gebundenen Erlaubnis bleibt im Fall des Dispenses die Entscheidungsfreiheit der Behörde unberührt, auch wenn die normativen Voraussetzungen gegeben sind.¹⁶⁾ Die Koppelung von unbestimmten Rechtsbegriffen und freiem Ermessen verwandelt eine "Kannvorschrift", wie sie § 31 BBauG darstellt, nicht in eine Mußvorschrift.¹⁷⁾

Die Baubehörde hat also zunächst zu prüfen, ob die vom Gesetz geforderten unbestimmten Rechtsbegriffe vorliegen. Dabei handelt es sich im Gegensatz zur Ermessensbetätigung nicht um eine Willensentscheidung, sondern um eine objektive Feststellung, ob der unbestimmte Rechtsbegriff "nicht beabsichtigte Härte" gegeben ist.¹⁸⁾

15) OVG Münster OVGE 10/226; 14/60.

16) Vgl. dazu Scheerbarth in DVBl. 1960/185; Bachof: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht in JZ 1955/97 ff (102), der zwischen dem sog. Beurteilungsspielraum (Prüfung, ob etwas ist) und dem sog. Handlungsermessen (Prüfung, ob etwas geschehen soll) unterscheidet; so auch BVerwG Urt.v. 18.8.60 in DVBl. 61/126, danach ist die Ermessensfreiheit der Verwaltungsbehörden ein eigentümlicher Bestandteil der Rechtsordnung. Zu bedenken ist jedoch, daß in praxi die rechtliche Ermessensfreiheit so zusammenschrumpfen kann, daß nur ein einziger fehlerfreier Ermessensentschluß möglich ist. Auch in einem solchen Fall kann nicht von einer gebundenen Erlaubnis gesprochen werden.

17) Mang-Simon, a.a.O. Anm. IV zu Art. 88 BayBO.

18) Vgl. Forsthoff, VWR § 5 S. 76.

Voraussetzung für die Erteilung des Dispenses ist, daß die Ausführung des beantragten Bauvorhabens gemäß den Normen des öffentlichen Baurechts zu einer offensichtlich nicht beabsichtigten Härte für den Bauherrn führen würde. Ob ein solcher Härtefall gegeben ist, beurteilt sich nicht allein nach den persönlichen Verhältnissen des Bauherrn, sondern in erster Linie nach den objektiven Verhältnissen des Grundstücks, wobei es vornehmlich um die Frage geht, ob die objektiven Verhältnisse des Grundstücks seine Bebauung bei Anwendung des Baurechts nicht oder nur unter verhältnismäßigen Schwierigkeiten zulassen.¹⁹⁾ Es genügt nicht, daß sich der Bauwillige auf rein wirtschaftliche Schwierigkeiten und Nachteile be-ruft, die entstehen würden, wenn er sein Bauvorhaben gemäß den bestehenden Bauvorschriften ausführen würde.²⁰⁾ Nur eine atypische und anormale Lage des Einzelfalls rechtfertigt eine Befreiung von baurechtlichen Vorschriften, wenn zu erwarten ist, daß die Anwendung der bestehenden Normen eine sachgemäße Nutzung des Grundstücks unmöglich machen würde.

Ist nach der Lage des Einzelfalls eine nicht beabsichtigte Härte zu bejahen, muß die geplante Abweichung darüber hinaus auch mit den öffentlichen Belangen unter Würdigung der nachbarlichen Interessen vereinbar sein. Nur wenn diese beiden weiteren Voraussetzungen gegeben sind, kann die Behörde mit ihren Ermessenserwägungen beginnen. Stehen öffentliche Interessen entgegen, muß die Dispensierung verweigert werden, auch wenn die Ablehnung eine unbillige Härte für den Bauherrn darstellen würde. Die Interessen der Allgemeinheit genießen auch hier den Vorrang.

19) So OVG Münster OVGE 10/292.

20) Vgl. OVG Lüneburg in DVBl. 61/477; Scherberth a.a.O. § 135; Schütz-Frohberg a.a.O. Anm. 1 zu § 31 BBauG; Kohlhammer, a.a.O. Erl. 5 b zu § 31.

Bei der Feststellung, inwieweit das geplante Bauvorhaben die Belange der Allgemeinheit beeinträchtigen könnte, ist von dem Schutzzweck und dem Schutzgut der Norm, von der dispensiert werden soll, auszugehen. Nur so lassen sich alle im Einzelfall einschlägigen Allgemeininteressen ermitteln, die dann mit den Voraussetzungen für die Erteilung des Dispenses in Zusammenhang zu setzen sind.²¹⁾ Bei der Wertung der kollidierenden Interessen ist von dem Grundsatz auszugehen, daß die jeweils wertvolleren Interessen den Vorrang haben.²²⁾

Nach der bundesgesetzlichen Regelung sind im Rahmen der zweiten Alternative die nachbarlichen Interessen zu würdigen. Dieser ausdrückliche Hinweis auf die Beachtung der Interessen des Nachbarn bei der Gewährung des Dispenses fand erst nach eingehenden Erörterungen zum § 31 BBauG Aufnahme in das Gesetz. Der Bundesrat hatte sich gegen die Aufnahme eines solchen Zusatzes im Rahmen der Dispensvoraussetzungen ausgesprochen.²³⁾ Den Ausschlag für die Aufnahme hat das Bestreben des Gesetzgebers gegeben, daß der von der Lehre und Rechtsprechung schon vor Erlaß des Bundesbaugesetzes entwickelte öffentlich-rechtliche Nachbarschutz eine gesetzliche Berücksichtigung erfahren sollte.

Durch die Anerkennung des Nachbarschutzes ist jedoch der § 31 Abs. 2 BBauG nicht selbst zu einer nachbarschützenden Norm im Sinne des materiellen Nachbar-

21) Vgl. OVG Lüneburg in DVBl. 1961 477(478), wonach das Vorhaben dann mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, "wenn das unter Anwendung generalisierender Maßstäbe von der jew. Vorschrift herausgestellte und erfaßte Schutzgut im Einzelfall durch das geplante Bauwerk überhaupt nicht oder nur unwesentlich berühren würde."

22) Vgl. Pietzonka: Dispens in NJW 57/1585.

23) Vgl. dazu den Ausschlußbericht S.10; Schrödter, Komm.Anm.4 zu § 31 BBauG; Rübner, a.a.O.S.611 Anm.25.

schutzes geworden.²⁴⁾ Vielmehr wird durch das Erfordernis der Beachtung nachbarlicher Belange im Rahmen der Dispensvoraussetzungen grundsätzlich die Gefahr des nachbarschädlichen Dispenses beseitigt, ohne daß der Behörde das Recht zu Dispensierungen genommen ist.

Nach Feststellung der normativen Voraussetzungen hat die Verwaltungsbehörde im Rahmen der sich anschließenden Ermessenserwägungen die nachbarlichen Interessen, die bei der Erteilung des Dispenses berührt werden können, zu würdigen und in der Ermessensentscheidung auch zu berücksichtigen. Die Würdigung nachbarlicher Belange stellt sich daher als ein Teil der Ermessensentscheidung der Behörde dar, es sei denn, daß der Dispens nach den gesetzlichen Regelungen untersagt ist, wenn Rechte oder erhebliche Interessen Dritter entgegenstehen.²⁵⁾ In diesem Fall ist eine Würdigung bei der Ermessensbildung nicht mehr möglich, da eine Ermessensbetätigung schon ausgeschlossen ist, wenn durch den zu erteilenden Dispens Rechte Dritter beeinträchtigt werden. Diesen Weg ist der Gesetzgeber des Bundesbaugesetzes jedoch nicht gegangen. Die Beachtung nachbarlicher Interessen ist nur dann erforderlich, wenn von nachbarschützenden Normen dispensiert werden soll, da nur in diesen Fällen eine Interessenkollision möglich ist. Die Prüfung der nachbarlichen Interessen erfolgt mit der Beziehung darauf, ob die Befreiung von den dem Nachbarschutz dienenden Normen in vermögenswerte Rechte des Nachbarn eingreift. Unabhängig davon muß schließlich festgestellt werden, ob die Ablehnung der Befreiung eine unbillige Härte für den Bauherrn darstellen würde, da das Vorliegen einer solchen Härte sich nach den objektiven Gegeben-

24) Mang-Simon, a.a.O.Rdnr.17 zu Art.88 BayBO.

25) So § 5 Buchst. a des Saarländ.Baugesetzes.

heiten des zu bebauenden Grundstücks, nicht aber nach der Frage richtet, ob die Interessen des Bauherrn an der Dispenserteilung gegenüber den Belangen des Nachbarn an der Beibehaltung der Norm überwiesen. Eine Abwägung der kollidierenden Interessen erfolgt erst, wenn die normativen Voraussetzungen der Dispensierung gegeben sind. Im Rahmen der Ermessenserwägungen verdienen die schutzwürdigen Interessen des Nachbarn den Vorrang.²⁶⁾ Der Dispens ist auch bei Vorliegen einer unbilligen Härte für den Bauherrn als eine Rechtswohltat anzusehen, die nur ausnahmsweise unter der Voraussetzung, daß die Belange anderer nicht beeinträchtigt werden, gewährt werden kann.

In welchem Umfange die Interessen des Nachbarn eine Berücksichtigung erfahren sollen und welche materiell-rechtliche Position beeinträchtigt sein muß, damit der Nachbarschutz zum Zuge kommt, wird in den Baurechtsvorschriften nicht ausdrücklich normiert. Insoweit sind die Grenzen des nachbarschädlichen Dispenses im Baurecht nicht fest abgesteckt.

Ausgangspunkt für die Bestimmung der nachbarlichen Position muß das durch den Art. 14 GG verfassungsmäßig garantierte Eigentumsrecht des einzelnen sein. So ist ein Dispens dann rechtswidrig, wenn er in das rechtlich geschützte Eigentum des Nachbarn störend eingreift. Ein solcher Eingriff würde eine entschädigungslose Enteignung darstellen, auch wenn die baurechtlichen Bestimmungen als eine zulässige, gesetzliche Schranke und daher auch als eine entschädigungslos hinzunehmende Inhaltsbestimmung des Grundeigentums angesehen werden müssen.²⁷⁾

26) Vgl. Schütz-Frohberg, Komm.Anm.2 zu § 31 BBauG.

27) BVerwGE 3/28(29): "Das materielle Baurecht bestimmt grundsätzlich Inhalt und Schranken des Eigentums."; BVerwG Urt.v.13.1.55 in DÖV 1955/214.

Die durch das materielle Baurecht gezogenen Schranken bei der Ausübung des Herrschaftsrechtes über das Grundstück und die durch die einzelnen Baurechtsnormen erfolgte Einengung der Möglichkeit einer freien Bebaubarkeit ergeben sich aus dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Mit der Anerkennung der nachbarschützenden Bestimmungen als materielle Erweiterung des Eigentums²⁸⁾ müssen die Befreiungen, soweit sie nachbarliche Interessen berühren, mit dem Art. 14 GG vereinbar sein. Die Eigentumsbeschränkungen des Baurechts gelten generell für alle Eigentümer des betreffenden Bereiches und bieten, abgesehen von dem Nachteil, sein Grundstück nicht beliebig nutzen zu können, aber den großen Vorteil, daß die Beschränkungen für alle Grundeigentümer einer bestimmten Bauzone gelten. Die Nachteile werden also mit entsprechenden Vorteilen kompensiert.²⁹⁾ Der nachbarschädliche Dispens ändert dieses Gleichgewicht zwischen Vor- und Nachteilen jedoch zu Ungunsten eines Rechtssubjektes ab. Dem Vorteil des Bauherrn durch den gewährten Dispens steht nur der Nachteil für den Nachbarn gegenüber, wobei sich je nach der Schwere der Beeinträchtigung die Dispensierung für den Nachbarn als ein Eingriff darstellen kann, der durch die vom Baurecht aufgezeigten Schranken des Eigentums nicht mehr gedeckt wird. Gerade im Hinblick auf den Bebauungsplan ist die Gesamtheit der Planbetroffenen als eine "Nutzungsgemeinschaft" anzusehen,³⁰⁾ innerhalb derer sämtlichen Eigentümern gleichartige Eigen-

28) BVerwG v. 18.8.60 in DVBl. 61/125(126); OVG Saarland v. 1.6.1960 in VerwRspr. 13/Nr. 138.

29) Vgl. dazu die bei Rüdiger a.a.O. S. 612 angeführten Beispiele; Evers Jus 1962/89 ff;

30) So Brohm: Der Rechtsschutz im Bauplanungsrecht S. 97.

tumsbeschränkungen auferlegt werden, um ihnen gleichzeitig durch eben diese Beschränkung ein Höchstmaß an ungestörter Nutzung zu garantieren. Der Nachbar muß sich demnach gegen einen einseitigen Nutzungsvorteil, der einem Bauherrn durch die Dispensierung von zwingenden Vorschriften gewährt wird, zur Wehr setzen können, wenn durch die Genehmigung des geplanten Bauvorhabens in die Substanz seines Grundstücks, sei es auf Grund einer eintretenden Wertminderung, sei es durch eine Verringerung des Nutzungsgrades, einschneidend eingegriffen wird.³¹⁾

Die Unantastbarkeit der Eigentumssubstanz bildet für die Baubehörde die Grenze des nachbarschädlichen Dispenses. Nur wenn die Grenze nicht überschritten wird, besteht im Rahmen des Dispensverfahrens Raum für Ermessenserwägungen.³²⁾ Das trifft vor allem bei kleineren und unerheblichen Beeinträchtigungen zu, die nach allgemeinen Maßstäben dem Nachbarn zuzumuten sind und die sich auch in dem vom Baurecht und der Verfassung aufgezeigten Grenzen halten. Daher wird nicht durch jede nur mögliche unerhebliche Beeinträchtigung die Dispensierungsmöglichkeit der Baubehörde eingeschränkt

31) Vgl. VGH Stuttgart Urt.v.5.3.54 VerwRspr.7/564 (565); OVG Bremen in DVBl.1961/250; eine andere Frage ist, ob den Grundeigentümern ein Recht auf Fortbestehen der sich auf Grund der Bebauungspläne ergebenden Vorteile zustehen kann. Vgl. dazu BGH Urt.v.4.2.1957 in NJW 57/633, der ein solches Recht grundsätzlich ablehnt. Die Änderung einer bestimmten Verkehrs- und Wohnlage trifft alle in Frage kommenden Eigentümer gleichmäßig, wohingegen beim Dispens eine Abänderung im Einzelfall erfolgt. Vgl. auch Meyer in DWW 1962/138.

32) BVerwG Urt. v. 25.10.1956 in DÖV 1957/27(28).

oder gar aufgehoben.³³⁾

Diese Grundsätze gelten auch für den Fall, in dem die Baubehörde nur aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit einen Dispens für erforderlich hält. Das Allgemeininteresse rechtfertigt eine Dispensierung nur dann, wenn auf keine andere Weise den Erfordernissen des Allgemeinwohls entsprochen werden kann und ein sachlich objektiv-öffentliches Interesse eine Abweichung erfordert.³⁴⁾ Auch hier bildet die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie die Grenze für einen nachbarschädlichen Dispens.³⁵⁾

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Baugenehmigungsbehörden einen Dispens von zwingenden nachbarschützenden Normen des öffentlichen Baurechts nur erteilen können, wenn die gesetzlich normierten Dispensvoraussetzungen gegeben sind und sich im Rahmen der pflichtgemäßen und ermessensfehlerfreien Erwägungen der Baubehörde herausstellt, daß der Nachbar durch die Befreiung nicht oder nur unwesentlich und damit

33) Vgl. Schrödter, Komm.a.a.O.Anm.3 zu § 31 BBauG; Gelzer: Das neue Bauplanungsrecht § 146; vgl. auch OVG Münster Urt.v.5.3.1963; OVG 28/285, wonach der Dispens trotz einer Beeinträchtigung des Nachbarn zulässig ist, wenn diese auch bei einer anderen Bauausführung, für die ein Dispens nicht erforderlich sein würde, bestehen bleibe; oder auch, wenn der Nachbar Maßnahmen verhindert, durch die die Beeinträchtigung entscheidend gemindert oder beseitigt werden könnte; vgl. OVG Münster Urt.v.3.10.63 in MDR 1964/445; danach muß weiterhin die Zulässigkeit des nachbarschädlichen Dispenses bejaht werden, wenn die Beeinträchtigung nur eintritt, da der Nachbar selbst mit seinem Bauwerk einen baurechtswidrigen Zustand geschaffen hat.

34) BVerwG in DÖV 1957/185.

35) Vgl. Mang-Simon, Komm.Rdnr.17 zu Art.88 BayBO.

unzumutbar in seinen Rechten beeinträchtigt wird.³⁶⁾

3. Die Einwendungen des Nachbarn.

Auf Grund der Koppelung von unbestimmten Rechtsbegriffen und freiem Ermessen in § 31 Abs. 2 BBauG kann der Nachbar verschiedene Einwendungen gegen die Erteilung eines nachbarschädlichen Dispenses vorbringen. Einmal kann er das Vorliegen der normativen Voraussetzungen für die Erteilung des Dispenses bestreiten mit der Folge, daß ein fehlerhafter Verwaltungsakt vorliegen würde, zum anderen kann er auch geltend machen, daß die Baubehörde von dem ihr zustehenden Ermessen in einer der Ermächtigung widersprechenden Weise Gebrauch gemacht oder aber die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten habe.³⁷⁾

Die Behandlung der Einwendungen im ersten Fall, bei Fehlen der normativen Voraussetzungen, hat in der Rechtsprechung eine unterschiedliche Behandlung erfahren. So forderte das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 26.1.60,³⁸⁾ daß der Nachbar auch bei Fehlen der normativen Voraussetzungen unzumutbar durch die Erteilung des Dispenses beeinträchtigt werden müsse.

Es besteht jedoch kein Anlaß, dem Nachbarn nur im Falle der Unzumutbarkeit der Beeinträchtigung bei Fehlen der Dispensvoraussetzungen gerichtlichen Schutz

36) So auch OVG Lüneburg in Thiel BRS 9 v A 4,89, wenn ausgeführt wird.: "Bei der Prüfung der Dispensvoraussetzungen ergibt sich die Möglichkeit, den hinter der Norm stehenden Schutzgütern sowie den öffentlichen Interessen und im begrenzten Umfang auch den Interessen des Bauherrn sowie des Nachbarn Rechnung zu tragen und damit zumutbare Beeinträchtigungen als Klagegrund auszuscheiden."

37) Vgl. Pietzonka in NJW 1957/1584.

38) OVG Münster in DVBl.1960/603; ebenso Hess.VGH Urt. v.3.11.1960 in DVBl.1962/724.

zu gewähren. Bejaht man den nachbarschützenden Charakter einer Norm, so muß folgerichtig jede rechtswidrige Verletzung der Vorschrift und nicht erst die unzumutbare Beeinträchtigung als Voraussetzung für die Klage genügen. Für ein weiteres Erfordernis fehlt im Gesetz jegliche Grundlage. Eine Ausnahme hiervon ist nur in den Fällen zulässig, in denen die Norm selbst das in ihr enthaltene Schutzgut schrälert; indem sie eine ungewöhnliche oder unzumutbare Beeinträchtigung fordert.³⁹⁾ Das OVG Münster hat seinen Standpunkt auch nachfolgend in der Entscheidung vom 3.10.1963⁴⁰⁾ aufgegeben. Nach Auffassung des Gerichts ist nunmehr eine nur feststellbare Beeinträchtigung zur erfolgreichen Klage erforderlich. Dieser Grundsatz ergebe sich aus § 31 BBauG selbst, wonach die nachbarlichen Interessen uneingeschränkt zu würdigen seien und dem Nachbarn ein Abwehrrecht zustehe, wenn tatsächliche Beeinträchtigungen vorliegen.⁴¹⁾

Nach Ansicht des OVG Saarland⁴²⁾ kann die unzutreffende Beurteilung der Frage seitens der Baugenehmigungsbehörde, ob eine Befreiung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist oder nicht, vom Nachbarn nicht im Klageweg geltend gemacht werden. Das OVG fordert, daß Rechte oder erhebliche Interessen des Nachbarn verletzt sind, da nach § 5 lit. a des saarl. Baugesetzes der Dispens untersagt ist, wenn Rechte oder erhebliche Interessen Dritter entgegenstehen. Der Nachbar wird jedoch nicht damit gehört, daß die normativen Voraussetzungen, wie "besondere Härte" und "Allgemeinwohl" nicht vorliegen. Schließlich geht auch der VGH Stuttgart⁴³⁾ davon aus, daß die Verlet-

39) Vgl. Meyer in DWW 62/137; OVG Lüneburg Urt.v. 22.3.62 in DVBl. 1962, 418.

40) OVG Münster in MDR 1964/445.

41) Vgl. hierzu Gelzer: Das neue Bauplanungsrecht 1964 § 146.

42) OVG Saarland Urt.v. 11.6.1959 in DÖV 1960, 434.

43) Urt.v. 21.4.1955 in NJW 1955, 1811 (1812).

zung erheblicher Interessen im Sinne des Art. 116 Abs.1 Württ.BauO Voraussetzung für ein Klagerecht ist, wenn die Dispensierungsvoraussetzungen fehlen. Trotz nahezu gleichlautender gesetzlicher Grundlagen halten diese beiden Gerichte bei Fehlen der normativen Dispensvoraussetzungen an dem weiteren Erfordernis der Erheblichkeit der Beeinträchtigung für eine erfolgreiche Klage fest.

Demgegenüber muß jedoch - wie schon dargelegt - der Nachbar mit der Einwendung, daß die normativen Dispensvoraussetzungen nicht vorliegen, gehört werden, wenn durch die Dispensierung eine nur feststellbare Beeinträchtigung eingetreten ist. Auf die Schwere des Eingriffs kommt es dabei nicht an.⁴⁴⁾ Der Nachbar kann die Einhaltung baurechtlicher Vorschriften gegenüber dem Bauherrn nur dann nicht verlangen, wenn die Nichteinhaltung zu keiner Beeinträchtigung der nachbarlichen Interessen führen kann. Ein allgemeiner Anspruch des einzelnen gegenüber der Behörde auf Vollziehung der Gesetze besteht nicht. Auch würde eine solche Annahme praktisch zu einer Popularklage führen, die nach dem geltenden Verfahrensrecht unzulässig ist.

Dispensiert die Baubehörde nur aus Gründen des öffentlichen Wohls von nachbarschützenden Normen, so sind auch in diesem Fall die Belange des Nachbarn zu berücksichtigen, obwohl das Gesetz eine Würdigung nachbarlicher Belange bei der Dispensierung aus Gründen des Allgemeinwohls nicht ausdrücklich verlangt.⁴⁵⁾ Auch wenn den Interessen der Allgemeinheit prinzipiell der Vorrang gebührt, kann der Nachbar für diesen Fall der Dispensierung nicht vollkommen schutzlos sein. Auch kann die im Allgemeininteresse vorgenommene Dispensie-

44) Vgl. die einzelnen Beispiele von Gelzer: Bauplanungsrecht § 146.

45) A.A. Pietzonka in NJW 1958/1585.

rung nicht der ursprünglichen Baurechtsnorm gleichgesetzt werden, da die Gründe, die zum Erlaß der Baurechtsnorm geführt haben, nicht notwendig identisch zu sein brauchen mit den Gründen, die eine Dispensierung im Allgemeininteresse erfordern.⁴⁶⁾ Die Erteilung des Dispenses seitens der Verwaltungsbehörde ist darüber hinaus einer stärkeren rechtlichen Kontrolle unterworfen, als der Gesetzgeber bei der Änderung einer Norm, der nur an die Verfassung gebunden ist. Die Verwaltungsbehörde ist aber über das Willkürverbot hinaus in seinen Ermessensentscheidungen auch gegenüber dem Nachbarn gebunden.⁴⁷⁾ Bei einer Dispensierung aus Gründen des Allgemeinwohls müssen die Grundsätze des verfassungsmäßigen Eigentumsschutzes gelten, so daß eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Eigentumssubstanz als eine entschädigungslose und daher unzulässige Enteignung angesehen werden muß. Der Nachbar ist also auch in diesem Fall vor einem Mißbrauch der Dispensierungsgewalt der Verwaltungsbehörde geschützt.⁴⁸⁾

Weiterhin kann der Nachbar geltend machen, daß die Entscheidung der Baubehörde trotz des Vorliegens der normativen Voraussetzungen ermessensfehlerhaft ist, da seine Belange bei der Entscheidung überhaupt nicht oder nicht in der richtigen Weise gewürdigt und berücksichtigt worden sind. Allerdings besteht hier die Schwierigkeit, daß ein solcher Ermessensfehler der Verwaltungsbehörde nur in den seltensten Fällen nach-

46) Insoweit kann Pietzonka, a.a.O. nicht gefolgt werden, da bei der Bejahung des nachbarschützenden Gehalts öffentlicher Baurechtsnormen über das Allgemeininteresse hinaus auch das Privatinteresse mitgeschützt wird. Eine inhaltliche Gleichsetzung und Gleichwertigkeit von Dispens und Baurechtsnorm scheidet daher aus. Die Tatbestände überlagern sich nur teilweise.

47) Vgl. Böhm in DVBl. 1959/728.

48) So auch Gelzer: Bauplanungsrecht § 148.

zuweisen ist.⁴⁹⁾

Für die Durchführung der Nachbarklage ergibt sich folgender Aufbau: Die Gerichte haben zuerst zu prüfen, ob der Nachbar durch die Erteilung des Dispenses in seinen Rechten beeinträchtigt worden ist. Hierbei ist auch die Nachbareigenschaft des Klägers zu untersuchen. Bejaht man sowohl die Beeinträchtigung als auch die Nachbareigenschaft, also die Verbindung des objektiv eingetretenen Schadens zum klagenden Subjekt, so ist die unzulässige Popularklage ausgeschlossen. Dann erst tritt das Gericht in die Prüfung ein, ob die normativen Dispensvoraussetzungen gegeben sind. Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Ermessensüberprüfung können die Gerichte auch die unbestimmten Rechtsbegriffe auf ihre richtige Anwendung untersuchen.⁵⁰⁾ Liegen die Dispensvoraussetzungen wie "unbillige Härte" für den Bauherrn und "Allgemeinwohl" nicht vor, so muß der Klage stattgegeben werden, ohne daß die Ermessenserwägungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden können, da in diesem Fall schon die bloße Ermessensausübung unstatthaft ist. Liegen die Dispensvoraussetzungen jedoch vor, so ist die Ermessensentscheidung der Behörde zu überprüfen, insbesondere ob die Beeinträchtigung für den Nachbarn aus den Gesamtumständen zumutbar oder unzumutbar erscheint.⁵¹⁾

49) Redeker in NJW 1959/749 ff.(752), der in der Schwierigkeit des Nachweises eines Ermessensfehlers eine der Hauptmängel der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage sieht.

50) Vgl. Bachof in JZ 1955/97 ff.

51) Zur Frage der Maßstäbe, die an das pflichtgemäße Ermessen zu legen sind, vgl. BVerwG in NJW 1961/793.

Kapitel VI

Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage als die geeignete Klageform nach der Erteilung der Baugenehmigung

1. Darstellung der Problematik

Die prozessuale Ausgestaltung der Nachbarklage bereitet vor allem dadurch Schwierigkeiten, als es sich bei der mit einem Dispens erteilten Baugenehmigung um einen Verwaltungsakt mit mehreren Betroffenen handelt.¹⁾ Die unterschiedliche Wirkung des Verwaltungsaktes zeigt sich darin, daß der Bauherr als Adressat begünstigt und der Nachbar gleichzeitig belastet wird, ohne daß dieser in einer rechtlichen Beziehung in Form eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zum Bauherrn steht. Daß dem Nachbarn in diesem Fall ein Klagerecht zugestanden werden muß, ist geklärt. Fraglich bleibt jedoch, mit welchen durch die Verwaltungsgerichtsordnung gebotenen förmlichen Rechtsbehelfen der Nachbar die Beseitigung der ihn belastenden Baugenehmigung durchsetzen kann.

Die Durchsetzung des förmlichen Rechtsschutzes stößt für den Betroffenen bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung vor allem deswegen auf Schwierigkeiten, weil die im Prozeß ergehenden Entscheidungen sich nicht nur zwischen dem Kläger und dem Beklagten auswirken, sondern sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht den durch den Verwaltungsakt begünstigten Adressaten in die Entscheidung miteinbeziehen. Durch die verwaltungsgerichtliche Klage des Nachbarn, die auf die Beseitigung der dispensierten Baugenehmigung gerichtet ist, entsteht ein rechtliches Drei-

1) Vgl. Haueisen: Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen in NJW 1964/2037 ff. (2038).

ecksverhältnis zwischen dem Nachbarn als Kläger, der Verwaltungsbehörde als Beklagte und dem Bauherrn, der in jedem Fall, sei es positiv oder negativ, durch die verwaltungsgerichtliche Entscheidung berührt wird.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist jedoch bestritten, ob in diesem Fall die Anfechtungsklage oder die Verpflichtungsklage die geeignete Klageart zur Durchsetzung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes darstellt. Bei dieser Streitfrage geht es nicht nur um ein akademisches Problem, vielmehr führt im Hinblick auf die unterschiedliche prozessuale Ausgestaltung und Zielsetzung der beiden Klagen der Nachbarschutz, je nach der zu wählenden Klageart, zu verschiedenen Ergebnissen. Es ist also für den Nachbarn von erheblicher praktischer Bedeutung, zu wissen, welche Rechtsbehelfe ihm an bestimmten Zeitpunkten des gesamten tatsächlichen Ablaufs für die Wahrung seiner Rechte zu Gebote stehen. Im Hinblick auf diese Besonderheiten kann für die Klageart keine einheitliche Entscheidung getroffen werden, vielmehr ist zu unterscheiden, ob der Nachbar schon vor oder erst nach der Erteilung der Baugenehmigung die Beeinträchtigung seiner Rechtsposition geltend macht.

Das OVG Münster²⁾ vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, daß die Klage des Nachbarn gegen die mit einem Dispens erteilte Baugenehmigung als Verpflichtungsklage anzusehen sei. Dem klagenden Nachbarn ginge es hauptsächlich darum, mit der Klage zu erreichen, daß das vom Bauherrn geplante Bauvorhaben nicht ausgeführt werden. Dieses Ziel könne der Nachbar aber nur erreichen, wenn die Baugenehmigung

2) OVG Münster Urt.v.10.9.1957, OVGE Bd.13/6 ff; Beschluß v.8.10.1957 in DVBl.1958/68f; Beschluß v.14.3.1957 in OVGE Bd.12/162.

durch das Verwaltungsgericht "definitiv" aufgehoben werde.³⁾ Der Schutz, der mit der Anfechtungsklage erzielt werden könne, reiche dazu jedoch nicht aus. Insbesondere könne der Nachbar nicht verhindern, daß die Verwaltungsbehörde erneut über den Antrag des Bauwilligen entscheide, ohne daß eine im Rechtsweg verfolgbare Verpflichtung bestehe, bei dieser neuen Entscheidung die Baugenehmigung abzulehnen. Die rein kassatorische Wirkung des Anfechtungsurteils reiche für einen wirksamen und dauerhaften Schutz des Nachbarn nicht aus. Auch habe das Gericht bei der Anfechtungsklage keine Möglichkeit, die eigentliche Prüfung, ob nachbarliche Belange verletzt sind, vorzunehmen, wenn die Baugenehmigung mit formellen Mängeln behaftet sei und das Gericht aus diesem Grunde der Klage des Nachbarn sofort stattgeben müsse. Das Rechtsschutzinteresse des Nachbarn könne aber nicht darin bestehen, etwaige Verfahrensfehler im Baugenehmigungsverfahren geltend zu machen.⁴⁾ Die Verwaltungsbehörde müsse also in diesem Fall erneut die Baugenehmigung unter Vermeidung der formellen Mängel erteilen, damit das Gericht in die eigentliche Prüfung der Verletzung materiellen Rechts eintreten könne.

Weiterhin sieht das Gericht für die Wahl der Verpflichtungsklage den Umstand als ausschlaggebend an, daß nur auf diese Weise ein Rechtsschutz schon vor Erteilung der Baugenehmigung garantiert werden könne. Denn die Verpflichtungsklage des Nachbarn sei auch schon zulässig, "wenn eine Bauerlaubnis unter Dispenserteilung mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, insbesondere, wenn vorbereitende Maß-

3) So in OVGE Bd. 13 S.9.

4) So in DVBl.1958 S.68.

nahmen der Behörde bereits konkret erkennbar sind."5)

Das Schrifttum⁶⁾ hat sich dieser Rechtsprechung zum Teil angeschlossen, wobei Gelzer⁷⁾ eingehend nachzuweisen versucht hat, daß der Nachbar mit seiner Klage gegen die Erteilung der Baugenehmigung eine für die Vornahmeklage typische Erweiterung seines Rechtskreises, der durch die Erteilung der Baugenehmigung eingeengt sei, anstrebe. Da für die Anfechtungsklage das Vorhandensein eines belastenden Verwaltungsaktes notwendige Voraussetzung sei, müsse der Nachbar zur Vermeidung einer unzulässigen vorbeugenden Unterlassungsklage die Erteilung der Baugenehmigung erst abwarten, um seine Rechte geltend machen zu können. Die Verpflichtungsklage fülle jedoch diese Lücke aus und stelle für diesen Fall auch keine unzulässige vorbeugende Unterlassungsklage dar, weil schon ein verwaltungsmäßiges Handeln erkennbar sei und die Verwaltung in der Regel in diesem Zeitpunkt ihre Entscheidung schon getroffen habe.⁸⁾

Diese Ansicht vertritt auch Pietzonka⁹⁾; wonach der Nachbar vor Erteilung der Baugenehmigung beantragen kann, daß die Verwaltungsbehörde den Antrag des beizuladenden Bauherrn auf Erteilung der Baugenehmigung ablehnend bescheidet. Dabei handele es sich nicht um eine sogenannte negative Vornahmeklage.

5) OVGE 13/10.

6) Gelzer in NJW 1958/326 ff.; in NJW 1959/1905 ff.; Obermayer: Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch in Jus 1963/110 ff.; Pietzonka: Der Bauherr und sein Nachbar im Verwaltungsprozeß in BBauBl. 1958 S.66 ff.

7) Gelzer, a.a.O.S.327.

8) Gelzer in NJW 59/1905, vgl. dazu die Bedenken von Redeker in NJW 59/750 unter Hinweis auf die E. des OVG Hamburg in DVBl. 52/86.

9) A.a.O.S.67.

Die herrschende Meinung¹⁰⁾ sieht die Nachbarklage nach Erteilung der Baugenehmigung als Anfechtungsklage an. Nach Ansicht des BVerwG¹¹⁾ behauptet der Nachbar, der gerichtlich gegen die erteilte Baugenehmigung vorgeht, nicht, ein besonderes Recht zum Tätigwerden der Behörde zu seinen Gunsten zu besitzen. Der Nachbar mache lediglich eine Rechtsverletzung geltend. Daraus ergebe sich, daß das Ziel der Klage nicht die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes sei, sondern die Aufhebung der Baugenehmigung, soweit sie den Bauherrn in seinen Rechten beeinträchtigt. Für diese Begehren komme aber allein die gesetzlich vorgeschriebene Anfechtungsklage in Frage.

Gegen die Argumentation des OVG Münster und auch Gellers gibt das OVG Lüneburg¹²⁾ zu bedenken, daß eine Vornahmeklage nur dann Anwendung finden könne, wenn der Kläger einen Verwaltungsakt beantrage, mit dessen Erlaß er eine Erweiterung seines Rechtskreises erstrebe. Diese Voraussetzung liege jedoch dann nicht vor, wenn der Kläger sich gegen einen ihn belastenden

10) BVerwG Urt.v.5.10.1965 abgedr.in BVerwGE 22/129 = DVBl.1966/249 ff. = BayVBl.1966/91ff.; OVG Lüneburg Urt.v.13.10.1958 in BBauBl.1959/401 ff.; Urt.v.6.10.1960 in DVBl.1961/54; Urt.v.22.3.1962, OVGE 18/341 = DVBl.1962/418 ff.; OVG Hamburg Urt.v.9.4.1959 in DVBl.1959/822 ff.; OVG Koblenz Urt.v.14.5.1959 in DVBl.1959/824 ff.; Hess. VGH Urt.v.26.1.1960 in BBauBl.1961/229 ff.; OVG Lüneburg in DVBl.1966 S.275; vgl. auch den bisher unveröffentlichten Beschluß des OVG Münster v.9.8.1966 VII B 465/66 (zit.nach Bender in NJW 66/1993 Anm.32a)
Heintze in NJW 1963/1430 ff.(1431); Fromm in BB 1962/985 f.(986); Meyer-Stich-Tittel:Bundesbaurecht Anm.1, Rdnr.8 zu § 31 BBauG; Schäfer in DVBl.1962/844 ff.(846) mit weiteren Nachweisen.

11) BayVBl.1966/92.

12) OVG Lüneburg, OVGE Bd.13 S.493, 494.

Verwaltungsakt zur Wehr setze. Es genüge dann seinem Interesse, wenn die erteilte Baugenehmigung aufgehoben würde. Auch sei die vom OVG Münster aufgezeigte Gefahr einer Wiederholung der den Nachbar belastenden Baugenehmigung gering, da die Rechtskraft des Anfechtungsurteiles es der Verwaltungsbehörde unmöglich mache, bei unveränderter Rechts- und Sachlage den aufgehobenen Verwaltungsakt erneut zu erteilen.¹³⁾

Auch Quaritsch¹⁴⁾ hält die Anfechtungsklage aus diesem Grunde für ausreichend, wobei er darauf hinweist, daß der Nachbar keine Möglichkeit habe, die Dispensierungsmöglichkeit der Behörde in der Weise einzuschränken, daß in einer neuen Baugenehmigung nicht von Bestimmungen dispensiert werden könne, die der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung noch nicht unterlegen haben. Die Ansicht des OVG Münster habe zur Folge, daß das gesamte Baugenehmigungsverfahren entgegen dem Sinn der verwaltungsgerichtlichen Rechtskontrolle in den Verwaltungsprozeß verlagert werde.¹⁵⁾

In gleicher Weise stehen sich bei der Realisierung des vorbeugenden Rechtsschutzes die Meinungen gegenüber. Will der Nachbar die Erteilung einer ihn belastenden Baugenehmigung verhindern, so muß der Betroffene nach Ansicht des OVG Lüneburg¹⁶⁾ für diesen Fall einen der Verpflichtungsklage entgegengesetzten Abwehranspruch geltend machen. Gegenstand der Klage sei nicht der Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes zur Erweiterung des Rechtskreises des Klägers, sondern die Abwehr eines drohenden Verwaltungsaktes.

13) Vgl. auch Menger, VerwArch. 1958 S. 280; 1959 S. 394.

14) Quaritsch: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß in VerwArch. Bd. 51 S. 210 ff. (226/227).

15) Vgl. dazu auch Schäfer in DVB1. 62/846.

16) A.a.O. S. 493.

Auch Ule¹⁷⁾ lehnt in diesem Fall eine negative Vor-
nahmeklage ab, da ihre rechtlichen Voraussetzungen
nicht gegeben seien, hält jedoch die sog. andere
Leistungsklage für anwendbar. Voraussetzung für eine
solche Leistungsklage sei allerdings das Vorhanden-
sein eines materiellen Leistungsanspruches, auf
Grund dessen die Verwaltungsbehörde den von einem
Dritten gestellten Antrag ablehnen müsse.

2. Inhalt und Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage.

Eine Beantwortung der Frage, welche Klagart nach
Erteilung der Baugenehmigung zur Anwendung kommt,
kann nur vorgenommen werden, wenn man das Begehren
des Nachbarn mit dem Inhalt der Anfechtungs- und Ver-
pflichtungsklage vergleicht und das Verhältnis der
beiden Klagarten zueinander untersucht. Eine Lösung
des Problems vom Ergebnis her vorzunehmen, erscheint
aus rechtsdogmatischer Sicht problematisch, mag auch
in vielen Fällen hierfür ein praktisches Bedürfnis
bestehen. So berufen sich die Vertreter der Verpflich-
tungsklage namentlich auf den Umstand, daß die Anwen-
dung der Anfechtungsklage den Suspensiveffekt des
§ 80 VwGO nach sich ziehen würde, diese Folge aber
zu untragbaren Ergebnissen im gesamten öffentlichen
Nachbarschutz führen würde.¹⁸⁾

Die Verwaltungsgerichtsordnung führt in § 42 Abs. 1
VwGO sowohl die Anfechtungsklage als auch die Ver-
pflichtungsklage auf und nominiert in Abs. 2 des
§ 42 VwGO für beide Klagen die gleichen Zulässig-
keitsvoraussetzungen. Der Zweck der Anfechtungsklage

17) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit 2. Aufl. 1962
Vorbem. vor § 42 VwGO; Schäfer in DVBl. 1960/837ff.
(840).

18) Vgl. Sellmann, DVBl. 63/282; Gelzer in NJW 1958/
327.

ist die gerichtliche Überprüfung eines den Kläger belastenden Verwaltungsaktes mit dem Ziel seiner Beseitigung.¹⁹⁾ Im Ergebnis wird also mit der Anfechtungsklage nur die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt. Sie ist insoweit eine reine Gestaltungs-²⁰⁾klage, durch die bestehende Rechtsverhältnisse geändert oder aufgehoben werden. Das Gestaltungsurteil hat konstitutive rechtsändernde Wirkung. Nur im Ausnahmefall des § 113 Abs.1 S.4 VwGO ist die Anfechtungsklage als Feststellungsklage anzusehen. Aus dem Wesen und der Zielsetzung der Anfechtungsklage ergibt sich, daß ihr typischer Anwendungsbereich nicht die Leistungsverwaltung, sondern die Eingriffsverwaltung ist.²¹⁾

Die Anfechtungsklage enthält einen typischen Abwehrtatbestand, denn der Kläger begehrt nichts, was über die Aufhebung der beeinträchtigenden Wirkung hinausgeht.²²⁾ So entspricht die rein kassatorische Wirkung der Abwehrfunktion der Klage. Das auf die Klage hin ergehende Urteil ist in der Regel ein rein negatives Gestaltungsurteil.²³⁾ Die Verwaltungsgerichte haben den Verwaltungsakt selbst aufzuheben, ohne eine entsprechende Verpflichtung der Verwaltungsbehörde gegenüber auszusprechen.

19) Menger: System § 44; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit Vorbem.1 zu § 42 VwGO.

20) Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr.2 zu § 42.

21) Redeker-von Oertzen, VwGO 2.Aufl.Anm.II 3 zu § 42; Niese: Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklage im Verwaltungsprozeß in JZ 1952, 353 ff.; Bettermann: Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage in DVBl. 1953, 163 ff.; Ozermak: Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung in NJW 62, 776 ff.

22) Vgl. Bachof, Vornahmeklage S.113.

23) OVG Lüneburg in DVBl.1950/248; OVG Münster VerwRspr.4 Nr.55 S.249(250).

Im Gegensatz zur Anfechtungsklage ist die Verpflichtungsklage auf die Verurteilung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes gerichtet. Sie ist also keine Gestaltungs-, sondern eine Leistungsklage.²⁴⁾ Ihr typischer Anwendungsbereich ist die Leistungsverwaltung, denn der Kläger begehrt sowohl im Falle der Untätigkeitsklage, als auch bei der Vornahmeklage einmal ein Tätigwerden der Behörden schlechthin, zum anderen eine ganz bestimmte verwaltungsmäßige Handlung.²⁵⁾ Die Verpflichtungsklage dient also der Geltendmachung eines Rechtsanspruchs gegen die Verwaltungsbehörde. Nur wenn ein solcher Rechtsanspruch gegeben ist, kann die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsaktes fehlerhaft sein.²⁶⁾ Dieser Rechtsanspruch bildet die Grundlage für die Erweiterung des Rechtskreises, die der Kläger mit der Klage anstrebt. Daher richtet sich die Verpflichtungsklage auch nicht gegen die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsaktes, sondern hat die Verurteilung zu einer Leistung zum Ziel.²⁷⁾

Nach § 113 Abs. 4 VwGO spricht daher das Gericht bei Vorliegen der Spruchreife die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, oder bei fehlender Spruchreife den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

Auf die umstrittene Frage, ob mit der Verpflichtungsklage nur der Erlaß eines Verwaltungsaktes oder auch

24) Klinger, VwGO 2. Aufl. S. 156; Bachof, Vornahmeklage S. 57 ff.; a.A. Huber II, der eine Feststellungsklage annimmt.

25) Menger, System S. 102.

26) Forsthoff, VWR § 28 S. 496.

27) Pietzonka in BBauBl. 1958 S. 66 ff.; (67); Brück: Verwaltungsrecht und Prozeßrecht der Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage der VwGO in NJW 1960/2271 ff.; (2273).

eine sonstige Amtshandlung begehrt werden kann, braucht in diesem Fall nicht eingegangen zu werden, da der Nachbar in jedem Fall den Erlass eines Verwaltungsaktes begehrt. Insoweit bleibt hier die Untersuchung auf die Erteilung von Verwaltungsakten beschränkt.²⁸⁾

Das Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, insbesondere die Frage, ob neben der Verpflichtungsklage die Anfechtungsklage zum Zuge kommen kann, ist bestritten. Im Anschluß an die Regelung der MRVO 165 sieht die Verwaltungsgerichtsordnung die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage als zwei in ihrem Wesen verschiedene, selbständige Klagearten an, auch wenn sie in § 42 Abs.2 VwGO die gleichen Zulässigkeitsvoraussetzungen haben.²⁹⁾ Damit steht die VwGO im Gegensatz zu früheren Verwaltungsprozeßordnungen, die die Verpflichtungsklage als Anfechtungsklage im weiteren Sinne ansahen.³⁰⁾

Daraus kann jedoch noch nicht gefolgert werden, daß in den Fällen, in denen der Kläger den Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt, insbesondere auf den ablehnenden Bescheid der Verwaltungsbehörde hin, nicht auch die Anfechtungsklage erhoben werden kann. Die Ansicht, die im Falle der Verweigerung des beantragten Verwaltungs-

28) Vgl. zu der Problematik: Klinger, VwGo Anm.A4 zu § 42; Obermayer in DVBl.1960/209(211); Schäfer in DVBl.1960/838; Bachof, Vornahmeklage S.36; BVerwG Urt.v.21.10.1955, BVerwGE 2/273; gegen eine Beschränkung auf Verwaltungsakte: Forsthoff, VWR § 28; Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.17 zu § 42; Bettermann in NJW 1960/650; Menger in VerwArch Bd.52 S.318; VG Frankfurt in DÖV 1961 S.313.

29) Brück a.a.O.S.2273.

30) So z.B. § 35 Abs.2 südd.VGG, § 15 Abs.3 VGG Rh.-Pf.;
vgl. auch Klinger VwGO Anm.A 1 zu § 42.

aktes die Anfechtungsklage gegen den ablehnenden Bescheid nicht zulassen will, stützt sich auf den Wortlaut des § 42 Abs.1 VwGO in Verbindung mit der Regelung des § 113 Abs.4 VwGO. Aus der in § 113 Abs.4 VwGO aufgezeigten Tenorierung des Verpflichtungsurteiles sei zu schließen, daß eine Anfechtungsklage gegen den ablehnenden Bescheid nicht zulässig sei, sondern in diesem Fall nur die Verpflichtungsklage erhoben werden könne.³¹⁾ Bei der Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes durch die Behörde sei nur Raum für ein Leistungsurteil, nicht dagegen für eine alleinige Aufhebung des belastenden Bescheides.³²⁾ Nach § 113 Abs. 4 VwGO habe das Gericht im Falle der Begründetheit der Klage nur die Möglichkeit, die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß des abgelehnten Verwaltungsaktes auszusprechen, nicht dagegen die Aufhebung des ablehnenden Bescheides vorzunehmen.

Diese Ansicht kann jedoch keine ausreichende Stütze im Wortlaut des Gesetzes finden. Vielmehr kann der Kläger gemäß § 42 Abs.1 VwGO mit der Anfechtungsklage die Aufhebung eines jeden ihn belastenden Verwaltungsaktes erzwingen. Der Ablehnungsbescheid muß als ein solcher belastender Verwaltungsakt angesehen werden.³³⁾ Das Urteil nach § 113 Abs.4 VwGO bei der Verpflichtungsklage entspricht lediglich dem weiterreichenden Antrage des Klägers und wird bei der Begründetheit der Klage dem mit ihr verfolgten Anspruch auf eine Leistung gerecht. Daraus kann im

31) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit Anm.I 1 zu § 42; Brück a.a.O.S.2273; Bettermann NJW 1960.651.

32) So auch Czermak NJW 1962/776.

33) Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.10 zu § 42; Klinger VwGO Anm. A 2 a zu § 42.

Hinblick auf die Möglichkeit des § 42 Abs.1 VwGO jedoch nicht geschlossen werden, daß in diesem Fall eine Anfechtungsklage unzulässig ist oder von der Verpflichtungsklage verdrängt wird.³⁴⁾

Ist die Verpflichtungsklage begründet, so kommt es auch zur Aufhebung des ablehnenden Bescheides. Diese Aufhebung ist aber lediglich eine Nebenfolge und nicht unmittelbares Ziel der Klage. Insoweit nimmt die Verpflichtungsklage nur die Funktion der Anfechtungsklage wahr.³⁵⁾

Trotz dieser rechtlichen Ausgestaltung der Verpflichtungsklage kann die Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bescheid nicht als systemwidrig angesehen werden. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen eine Beschränkung des Klägers auf die Anfechtungsklage ratsam erscheint, insbesondere, wenn ihm bei Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörde im Zeitpunkt der Klageerhebung noch die geeigneten Mittel zur Durchsetzung seines Leistungsanspruchs fehlen.³⁶⁾ Auch muß unter Umständen ein Interesse des Klägers bejaht werden, daß der ablehnende Bescheid durch die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit ausdrücklich aufgehoben wird.³⁷⁾

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß der Kläger

34) A.A.Obermayer: Die verwaltungsgerichtlichen Klagen in BayVBl.1960/208 ff(211), dagegen Hauelsen in NJW 1960/1884 Anm.46.

35) Eyermann-Fröhler a.a.O.; BVerwG v. 21.6.1961 in DVBl.1961/138; Bettermann NJW 1960/651; Klinger VwGO Anm.A 2 b zu § 42; Schäfer in DVBl.1960/840.

36) Vgl. Engelhard in NJW 1956/1377ff.(1378); auch Brück a.a.O.S.2274 weist darauf hin, daß u.U. ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage zu bejahen ist.

37) Vgl. Pfeifer:Verpflichtungsklage bei Ermessensakten in DÖV 1962/776 ff(779).

nur die Verpflichtungsklage zu erheben braucht, um den Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsaktes zu erreichen. Anstelle der Verpflichtungsklage kann er aber auch mit der Anfechtungsklage vorgehen, um nur den belastenden ablehnenden Bescheid zu beseitigen. Darüber hinaus ist in besonders gelagerten Fällen ein Rechtsschutzinteresse des Klägers zu bejahen, neben der Verpflichtungsklage gleichzeitig die Anfechtungsklage erheben zu können.³⁸⁾

Diese das Verhältnis von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bestimmenden Grundsätze gelten für den Regelfall, daß der Verwaltungsbehörde ein einzelner gegenübersteht, der als Adressat eines Verwaltungsaktes durch diesen belastet wird oder als Berechtigter eine Leistung von der Verwaltungsbehörde mit der Verpflichtungsklage durchsetzen will. Handelt es sich jedoch, wie bei der Baugenehmigung, um Verwaltungsakte mit Drittwirkung, so ergibt sich aus dem Umstand, daß die Verwaltungsgerichtsordnung für solche Verwaltungsakte keine ausdrückliche Regelung enthält, die Schwierigkeit, den bestehenden Rechtsschutz im Rahmen des Dreieckverhältnisses zwischen der Verwaltungsbehörde, dem Nachbarn und dem Bauherrn anzuwenden.³⁹⁾

Bei der Auslegung des nachbarlichen Klagebegehrens besteht auf allen Seiten Einigkeit, daß sich der Nachbar in erster Linie gegen Beeinträchtigungen schützen will. Er befindet sich demnach gegenüber der Verwaltungsbehörde in einer Abwehrsituation.⁴⁰⁾ In einem solchen Fall ist von der Natur des Anspruchs her schon die Anfechtungsklage das geeignete Mittel, um Eingriffe in den Rechtskreis des Nachbarn abzuwehren. Der

Der

38) Beschl. des BVerwG v.9.9.1953 in MDR 1954/207; Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.10 zu § 42; Klinger a.a.O.a.A.OVG Münster Beschluß v. 9.4.1952 in NJW 1952/1271.

39) Vgl. Gelzer: Zur öffentlich-rechtlichen Nachbar-
klage in DÖV 1965 S.793 ff.

40) So auch OVG Münster OVGE 13/9.

Nachbar will mit seiner Klage nicht eine Erweiterung seines Rechtskreises anstreben. Insoweit kann Gelzer⁴¹⁾ nicht gefolgt werden, wenn er die Stellung des Nachbarn "spiegelbildlich" zu der Position des Bauherrn sieht. Die Erteilung des Dispenses ist die Ursache für die Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Nachbarn. Ergreift dieser Abwehrmaßnahmen, so kann nicht von einer Erweiterung des Rechtskreises gesprochen werden. Folgte man der Ansicht Gelzers, so würde in jedem Fall auch mit der Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes eine Erweiterung des Rechtskreises erstrebt, so daß anstelle der Anfechtungsklage immer eine Verpflichtungsklage zum Zuge kommen müßte. Der Nachbar setzt sich jedoch nur gegen den Eingriff der Verwaltungsbehörde zur Wehr, um sich den durch das Baurecht geschützten Rechtskreis zu erhalten. Der Bauherr hingegen will durch die beantragte Dispensierung eine über das bestehende Baurecht hinausreichende Vergünstigung. Sein Begehren zielt auf eine Erweiterung seiner Position, so daß bei Ablehnung seiner beantragten Baugenehmigung für ihn die Verpflichtungsklage das geeignete Rechtsmittel ist. Die Klagemöglichkeiten des Bauherrn und des Nachbarn müssen wegen der verschiedenen Inhalte unterschiedlich behandelt werden.

Entgegen der Ansicht des OVG Münster reicht die Anfechtungsklage für den Schutz des Nachbarn aus. Das Gericht verkennt bei seinen Ausführungen die Wirkungen der Rechtskraft, denn die Verwaltungsbehörden werden durch die Rechtskraft des Aufhebungsurteiles gehindert, dem Bauherrn nochmals eine Baugenehmigung

41) NJW 58/326, NJW 59/1905.

mit der gleichen Dispensierung zu erteilen, die wegen ihrer Rechtswidrigkeit zu einer Aufhebung der Bauerlaubnis geführt hat.⁴²⁾ Der Umfang der materiellen Rechtskraft eines auf die Anfechtungsklage hin ergangenen Aufhebungsurteiles wird durch den Urteilstenor und durch die den Aufhebungsanspruch tragenden Feststellungen in den Urteilsgründen bestimmt. Sollte die Verwaltungsbehörde unter Mißachtung dieser Grundsätze dennoch einen weiteren Dispens mit dem gleichen Inhalt erteilen, so ergibt sich aus der bestehenden Rechtskraft der ersten Entscheidung ein Anspruch auf Beseitigung der zweiten Dispensierung.⁴³⁾

Auch der Einwand, bei formellen Mängeln müsse der Klage stattgegeben werden, ohne daß das Gericht die Möglichkeit habe, die Einwendungen sachlich zu prüfen, kann nicht überzeugen. Werden zum Beispiel die für die Erteilung des Dispenses nach den einzelnen Bauordnungen notwendigen Beteiligungsformen des Nachbarn von der Baugenehmigungsbehörde mißachtet, so besteht das Rechtsschutzinteresse des Klägers in der Einhaltung dieser auch zu seinen Gunsten bestehenden formellen Voraussetzungen.

Die größten Bedenken gegen die Verpflichtungsklage

42) So Quaritsch a.a.O.S.226; OVG Lüneburg in BBauBl. 1959 S.402; Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.21 zu § 121; Schäfer in DVBl.1962/846, der darauf hinweist, daß sich die Argumentation des OVG Münster gegen die Zulässigkeit jeder Anfechtungsklage anführen ließe; ebenso Pietzonka in BBauBl.1958/67, danach ist die Baubehörde verpflichtet, das Rechtsschutzinteresse des Bauherrn an einer erneuten Erlaubnis bei gleicher Sach- und Rechtslage zu verneinen.
Vgl. Lüke: Der Umfang der materiellen Rechtskraft der Anfechtungsklage in Jus 1961/188 ff.

43) Vgl. Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.40 zu § 121 VwGO.

ergeben sich jedoch aus dem Umstand, daß dem Nachbarn ein für die Verpflichtungsklage notwendiger Leistungsanspruch, der darauf gerichtet ist, dem Bauherrn die Erteilung der Baugenehmigung zu versagen, fehlt. Nur, wenn ein solcher Anspruch bejaht werden kann, kann die Verpflichtungsklage Anwendung finden.⁴⁴⁾ Ein solcher Rechtsanspruch des Nachbarn ist jedoch zu verneinen. Das ergibt sich einmal daraus, daß dem Nachbarn die Herrschaft über den Bauantrag fehlt.⁴⁵⁾ Diese Herrschaft übt allein der Bauherr aus, der es in der Hand hat, seinen Bauantrag zu erweitern, einzuengen oder ganz zurückzunehmen, ohne daß der Nachbar hierauf irgendwelchen Einfluß nehmen kann. Durch eine Zurücknahme oder Einengung des Bauantrages würde der Bauherr dem Klagebegehren des Nachbarn den Boden entziehen.

Zum anderen richtet sich das subjektiv-öffentliche Recht des Nachbarn nur auf die Einhaltung der nachbarschützenden Baurechtsnormen seitens der Baugenehmigungsbehörde. Dieses Recht schließt jedoch einen Anspruch auf Ablehnung des Bauantrages nicht ein.⁴⁶⁾ Einen Anspruch auf Vornahme eines bestimmten Verwaltungsaktes hat nur derjenige, dem eine Vorschrift zur Seite steht, die die Behörde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu einem bestimmten Handeln zwingt.⁴⁷⁾ Der Baubehörde muß jedoch die Freiheit gelassen werden, den Bauantrag überhaupt nicht zu beschneiden, oder in einer neuen Bauerlaubnis von Bestimmungen zu dispensieren, die nicht schon einer verwaltungsgerichtlichen Beurteilung unterlegen haben oder keinen nachbarschützenden Gehalt besitzen.⁴⁸⁾

44) Forsthoff VWR § 28.

45) Vgl. Meyer in DWW 1963 S. 138.

46) So Schäfer DVBl.62/846.

47) OVG Berlin Urt.v.26.10.1956 in BRS Bd.6 S.132.

48) Quaritsch a.a.O. S.227.

Die Frage, ob dem Nachbarn über die Anfechtungsklage hinaus mit der Verpflichtungsklage zur Wahrung seiner Interessen gedient sein würde, beurteilt sich also nicht nach dem Grade des Rechtsschutzbedürfnisses, sondern allein danach, ob für eine Verpflichtungsklage die Anspruchsgrundlage im Gesetz gegeben ist.

Die öffentlich-rechtlichen nachbarschützenden Baurechtsnormen geben dem Nachbarn jedoch nur ein Abwehrrecht. Für eine weitergehende Verpflichtung der Baubehörde, die Genehmigung gar nicht oder nur in einer bestimmten Form zu erteilen, fehlt ein notwendiger materiell-rechtlicher Verpflichtungsanspruch. Die Klage des Nachbarn gegen die dem Bauherrn mit einem Dispens erteilte Baugenehmigung ist also als eine Anfechtungsklage im Sinne des § 42 Abs. 1 VwGO anzusehen.⁴⁹⁾

3. Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache

In der Praxis sind Fälle denkbar, in denen der Bauherr von der ihm erteilten Baugenehmigung keinen Gebrauch macht und die Genehmigung auf Grund der Bestimmungen einzelner Bauordnungen nach Ablauf einer bestimmten Frist seit ihrer Erteilung ihre Wirksamkeit verliert.⁵⁰⁾ Auf Grund des Zeitablaufes kann also die Wirksamkeit der Baugenehmigung entfallen, so daß an sich auch die beeinträchtigende Wirkung

49) Ebenso die Ergebnisse der Rspr.: VGH Stuttgart Beschluß v. 24.8.1957, VerwRspr.9/966; VGH Mannheim Beschluß v. 18.4.1961 in NJW 1962/1172; VGH Kassel Beschluß v.29.8.1958 VerwRspr.11/753.

50) Vgl. dazu Pietzonka in BBauBl. 58/67; Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.39 zu § 113; Obermayer in BayVBl.1960/209.

gegenüber dem Nachbarn wegfällt. Ist die Wirksamkeit der Genehmigung während des Anfechtungsprozesses entfallen, so ist der Verwaltungsakt, dessen Wirksamkeit als Vorfrage im Anfechtungsprozeß zu untersuchen ist, nicht mehr existent. Damit müßte der Prozeß als in der Hauptsache erledigt angesehen werden. Es wäre sinnlos, nach dem Wegfall der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes die Aufhebung mit der Anfechtungsklage zu erwirken, da die Klage schon rein formal ins Leere stoßen würde. Für eine Aufhebung des Verwaltungsaktes ist in dem Fall kein Raum mehr.⁵¹⁾ Der Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist der prozessuale Anspruch des Nachbarn auf Aufhebung der erteilten Bauerlaubnis.⁵²⁾

Der Nachbar braucht sich jedoch in diesem Fall nicht mit der Einstellung des Verfahrens wegen Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache zu begnügen.⁵³⁾ Gemäß § 113 Abs.1 S.4 VwGO kann er die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung beantragen, wenn er ein berechtigtes Interesse an einer solchen Feststellung hat.⁵⁴⁾ Der Kläger muß den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung stellen. Nach Ansicht des BVerwG⁵⁵⁾ braucht der Antrag jedoch nicht ausdrücklich gestellt zu werden, es genügt vielmehr, daß "bei wohlwollender Auslegung das Vorbringen des Klägers so verstanden werden kann."

51) Obermayer a.a.O.

52) Vgl. Menger, System S.164 zum Streitgegenstand des Anfechtungsprozesses; Lerche: Zum Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß in BayVBl.1956, 295 ff.; Quaritsch a.a.O.S.232: Gegenstand der Anfechtungsklage ist der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, den er durch den Widerspruchsbescheid erfahren hat.

53) Vgl. Klinger VwGO Anm.C1 zu § 113: Ule a.a.O. Anm.I 3 zu § 113.

54) Vgl. auch die Vorbilder § 79 südd.VVG u. § 75 Abs.1 S.2 MRVO 165.

55) Urt.v.9.7.1956 in DVBl.1957 S.38.

Umstritten ist jedoch, ob mit der Stellung des Feststellungsantrages die Anfechtungsklage in eine Feststellungsklage umgewandelt wird und es sich dabei um eine Klageänderung handelt.⁵⁶⁾

Nach Ule⁵⁷⁾ handelt es sich bei dem Urteil um ein Feststellungsurteil, das jedoch nicht auf eine Feststellungsklage, sondern auf die ursprüngliche Anfechtungsklage hin erlassen werde. Dagegen vertritt Eyermann-Fröhler⁵⁸⁾ im Anschluß an die Entscheidung des BVerwG v.9.7.1956⁵⁹⁾ die Meinung, mit Eintritt der Erledigung werde die Anfechtungsklage nicht unbegründet, sondern verwandele sich vielmehr auf den entsprechenden Antrag hin materiell in eine Feststellungsklage. Es handele sich dabei um eine Klageänderung, wenn auch nicht "im technischen Sinne."⁶⁰⁾

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Mit der Stellung des Feststellungsantrages ändern sich auch die Voraussetzungen der Klage, da nun ein berechtigtes Feststellungsinteresse gefordert wird. Dieses nach § 113 Abs.1 S.4 VwGO für die sekundäre Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse deckt sich als Zulässigkeitsvoraussetzung mit dem Feststellungsinteresse der Klage nach § 43 VwGO.⁶¹⁾ Es handelt sich demnach um eine mit der Änderung des Antrages auf

56) Vgl. die Anm.v.Bergmann zu den Urt.des BVerwG v.8.11.57,20.5.58 in NJW 1959,500,501.

57) A.a.O.S.380; Klinger a.a.O.mit weiteren Nachw.

58) Rdnr.40 zu § 113 VwGO.

59) Vgl. Fußn. 55.

60) Damit ist die sog.unechte Feststellungsklage gemeint.Vgl.Koehler VwGO Anm.D zu § 113.

61) Vgl.Müller: Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung in DÖV 1965/38 ff(43): Pietzonka in BBauBl.58/67 im Anschluß an die Entsch. des OVG Münster v. 23.1.1957 in MDR 1957/445.

Feststellung der Rechtswidrigkeit notwendig werdende Klageänderung.

Die Prüfung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im Zeitpunkt seines Erlasses setzt jedoch voraus, daß der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung dartun kann. Ein solcher Fall ist vornehmlich bei einer Wiederholungsgefahr in Form der erneuten Erteilung der Baugenehmigung gegeben.⁶²⁾ Die Gegenstandslosigkeit tritt nicht schon mit der Unwirksamkeit der Baugenehmigung ein. Nur wenn festgestellt wird, daß der unwirksame Verwaltungsakt auch rechtswidrig ist, kann dem Rechtsschutzinteresse des Nachbarn Genüge getan werden, ergibt sich doch aus der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit, daß der Nachbar bei einer Neuerteilung der Baugenehmigung mit dem gleichen Inhalt wirksam durch die entgegenstehende Rechtskraft des Urteils geschützt wird. Der Kläger muß jedoch für diesen Fall den Grund, der für eine Wiederholungsgefahr spricht, darlegen.

Darüber hinaus hält das BVerwG⁶³⁾ ein berechtigtes Interesse auch dann schon für gegeben, wenn der Nachbar im Hinblick auf eine etwaige Neuerteilung der Baugenehmigung die Rechtsauffassung erfahren möchte, die die beteiligte Verwaltungsbehörde bei Erlaß des Verwaltungsaktes vertritt.

Muß unter den dargelegten Voraussetzungen ein Feststellungsinteresse verneint werden, so ist die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen, wobei das Gericht nicht mehr in die Prüfung eintreten kann, ob die erteilte Baugenehmigung rechtswidrig war.

62) BVerwG Urt.v.29.1.1960 in DVBl.1960/287.

63) BVerwG Urt.v.3.9.1963 in DVBl.1963/920 ff(922).

Auch wenn sich die Baugenehmigung vor Erhebung der Anfechtungsklage erledigt hat, hat der Nachbar bei gegebenem Feststellungsinteresse die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung feststellen zu lassen.⁶⁴⁾

Dabei handelt es sich materiell um eine Feststellungsklage, die in das Gewand einer Anfechtungsklage gekleidet ist, so daß nach den für die Anfechtungsklage geltenden Voraussetzungen ein Vorverfahren erforderlich ist.⁶⁵⁾ Da die Feststellungsklage in diesem Fall die nicht mehr mögliche Anfechtungsklage ersetzt, müssen auch die gesamten Voraussetzungen der Anfechtungsklage vorliegen.⁶⁶⁾

4. Der Widerspruch des Nachbarn gegen die Erteilung der Baugenehmigung

Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung ist gemäß § 68 Abs. 1 VwGO die Einlegung eines Widerspruchs gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Der erfolglose Widerspruch ist zwingende Prozeßvoraussetzung für die Anfechtungsklage.⁶⁷⁾

64) So die wohl herrschende Ansicht, vgl. dazu Klinger a.a.O.

65) So Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr. 51 zu § 113; im Gegensatz dazu Klinger Anm. 2b zu § 113 VwGO, der hier eine echte Feststellungsklage nach § 43 VwGO annehmen will; ebenso Ule a.a.O. Anm. 3 b S. 383; dagegen verneinen Redeker-von Oertzen Anm. B 4 zu § 113 VwGO für diesen Fall jegliches Rechtsschutzinteresse.

66) Vgl. Obermayer in BayVBl. 1960/212; so auch Obermayer in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer S. 247 über den Begriff der sog. nachträglichen Anfechtungsklage.

67) Vgl. Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr. 2 zu § 68 a.A. BVerwG BVerwGE 1/247; Stich: Was ist bei fehlenden Vorverfahren zu tun? in DVBl. 1960/378 ff (378).

Das Erfordernis eines Vorverfahrens gilt auch für den Fall, daß ein Dritter, der nicht Adressat des Verwaltungsaktes ist, durch die einem anderen erteilte Baugenehmigung in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Das Ziel des Vorverfahrens ist die Nachprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit der ergangenen Entscheidung auch im Hinblick auf die Auswirkungen, die die Genehmigung gegenüber Dritten als Betroffene zeigen kann. Billigt man dem Dritten ein Anfechtungsrecht zu, so müssen auch die zwingenden Prozeßvoraussetzungen gegeben sein.

Die Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung sind jedoch nur auf den Fall zugeschnitten, daß ein oder mehrere Adressaten eines Verwaltungsaktes Widerspruch einlegen. Die Anwendung dieser Vorschriften auf den Fall, daß ein Betroffener, der nicht Adressat des Verwaltungsaktes ist und unter Umständen auch keine Kenntnis von der ihn belastenden Maßnahme hat, weil ihm die Entscheidung nicht bekannt gegeben wurde, führt zu vielen Unklarheiten im Hinblick auf die Durchführung des Widerspruchsverfahrens.⁶⁸⁾

Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage hängt nicht nur davon ab, daß ein Widerspruchsverfahren erfolglos durchgeführt wurde, es müssen vielmehr auch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Widerspruchsverfahrens erfüllt sein. Eine Verletzung der Vorschriften über die Form und Frist zur Einlegung des Widerspruches kann zu einer Unzulässigkeit der Anfechtungsklage führen, wenn eine Heilung nicht mehr möglich ist.⁶⁹⁾

Die Baugenehmigung wird mit der Bekanntgabe an den

68) Vgl. Haueisen: Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen in DVBl. 1964/2037 ff(2039).

69) Eyermann-Fröhler a.a.O.

Adressaten (Bauherrn) existent. Auch wenn durch die Genehmigung Dritte in ihren Rechten betroffen werden, ist für die Rechtswirksamkeit der Baugenehmigung nicht erforderlich, daß diesem betroffenen Dritten der Verwaltungsakt bekannt gegeben wird. Es genügt allein die Bekanntgabe an den Adressaten.⁷⁰⁾

In einer Vielzahl von Fällen unterbleibt die Bekanntgabe der mit einem Dispens erteilten Baugenehmigung an den betroffenen Nachbarn. Hierfür sind verschiedene Gründe anzuführen. Einmal sehen einzelne Baugesetze eine solche Bekanntgabe an den Nachbarn nicht vor,⁷¹⁾ zum anderen ergeben sich, auch wenn eine Bekanntgabepflicht besteht, Schwierigkeiten, da die Baugenehmigungsbehörde teilweise den Kreis der Nachbarn nicht kennt oder auch einer nachbarlichen Vorschrift, von der dispensiert werden soll, irrtümlicherweise keinen nachbarschützenden Gehalt zuerkennt. In einem solchen Fall geht die Behörde davon aus, daß der Nachbar durch den Dispens nicht betroffen wird.⁷²⁾

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Frist zur Einlegung des Widerspruchs gemäß § 70 VwGO zu laufen beginnt. Erfolgt eine Bekanntgabe mit ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung an den Betroffenen, so gilt auch für den Nachbarn die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO. Erfährt der Nachbar jedoch nur indirekt, sei es durch den Beginn der Bauarbeiten oder auf andere Weise, von der mit einem Dispens erteilten Baugenehmigung, so kann die Frist des § 70 Abs. 1 VwGO nicht zu laufen beginnen, da es an der notwendigen Bekanntgabe fehlt.⁷³⁾

70) Forsthoff VWR § 11 S.180 f; Wolff VWR I § 47.

71) So z.B. das Bundesbaugesetz.

72) Vgl. Mang-Simon BayBO Anm.2b Rdnr.55 zu Art.91.

73) Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.7 zu § 70; Mang: Befristung des Widerspruchs nach § 58 Abs.2 VwGO in BayVB1.1964/396(397); Ule a.a.O.Anm.II zu § 73 VwGO.

Die Unanfechtbarkeit der Baugenehmigung kann also wegen fehlender Bekanntgabe nicht eintreten. Denn ob und wann ein Verwaltungsakt mit mehreren Betroffenen unanfechtbar wird, bemißt sich danach, ob für jeden einzelnen die Voraussetzungen der Unanfechtbarkeit gegeben sind.⁷⁴⁾ Auch wenn in der Person des Bauherrn und der Betroffenen, denen der Verwaltungsakt bekannt gegeben worden ist, die Unanfechtbarkeit bereits eingetreten ist, kann der Verwaltungsakt gegenüber einem weiteren Betroffenen, dem er nicht bekannt gegeben worden ist, nicht unanfechtbar werden.

Der durch die Dispensierung begünstigte Bauherr muß dann immer damit rechnen, daß ein Nachbar von seinem noch bestehenden Anfechtungsrecht Gebrauch macht und ihn durch Einlegung eines Widerspruchs zur Stilllegung der Bauarbeiten zwingt. Das Vertrauen des Bauherrn auf den Bestand eines noch anfechtbaren Verwaltungsaktes wird nicht geschützt.⁷⁵⁾ Auch wenn der Bauherr der Meinung ist, die Baubehörde habe allen Betroffenen die Erteilung der Genehmigung ordnungsgemäß bekanntgegeben, wird dadurch das Anfechtungsrecht des nicht benachrichtigten Nachbarn nicht ausgeschlossen.⁷⁶⁾ Der Anspruch des Betroffenen auf Rechtsschutz geht dem Vertrauensschutz des durch die

74) Haueisen in NJW 1964/2039; derselbe: Anfechtbarkeit und Bestandskraft von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen in NJW 1966/2340 ff.; Mang-Simon a.a.O. Anm.2 b zu Art.91 BayBO.

75) Vgl. Haueisen NJW 64/2040 Anm.27; vgl. dazu die Regelung des Art. 91 Ziff.9 BayBO, wonach der Bauherr mit der Bauausführung erst beginnen darf, wenn die Baugenehmigung unanfechtbar geworden ist. Der Bauherr ist also von vornherein gehindert, mit dem Bauen zu beginnen. Über die dabei auftretenden Schwierigkeiten vgl. Mang-Simon a.a.O.Rdnr.55 zu Art.91.

76) Haueisen a.a.O.Anm.27.

hoheitliche Maßnahme Begünstigten vor. Um diesen für den Bauherrn unerträglichen Schwebezustand zu beseitigen, hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof⁷⁷⁾ durch die entsprechende Anwendung des § 58 Abs.2 VwGO einen Ausweg zu finden versucht. Danach soll die Jahresfrist des § 58 Abs.2 VwGO mit der Bekanntgabe der Genehmigung an den Adressaten auch für den beschwerten Dritten zu laufen beginnen, obwohl diesem die Genehmigung nicht bekannt gegeben worden ist. Die Befristung des Widerspruches ergebe sich nicht nur gegenüber dem Adressaten, vielmehr trete auf Grund der Regelung des § 70 Abs.1 VwGO bzw. Abs.2 in Verbindung mit § 58 Abs.2 VwGO die Befristung gegenüber jedermann ein, sobald der Verwaltungsakt durch die Bekanntgabe an den Adressaten existent geworden sei.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden.⁷⁸⁾ Auch wenn aus Gründen der Rechtssicherheit der Schwebezustand für den Bauherrn beendet werden muß, kann jedoch nicht der Weg beschritten werden, daß es dem beschwerten Dritten, dem der belastende Verwaltungsakt nicht bekanntgegeben worden ist, verwehrt sein soll, sich gegen diese Maßnahmen mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen. Dem Nachbarn kann nicht angelastet werden, daß die Baugenehmigungsbehörde nur dem Bauherrn die Baugenehmigung bekanntgegeben hat.

Das Gesetz geht allgemein von der Vermutung aus, daß dem durch eine hoheitliche Maßnahme Betroffenen die notwendige Rechtskenntnis fehlt, um seine Rechte gerichtlich zu wahren. Diese Vermutung wird bei Vorlie-

77) BayBGH Urt.v.17.4.1964 abgedr.in BayVBl.1964/265;
a.A.BSG Urt.v.23.6.1964 in NJW 1964/2080.

78) Vgl. dazu die Stönnungsnahmen von Mang a.a.O.
S.397; Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit Bd. I
Anm. II zu § 73.

gen der erforderlichen Voraussetzungen in § 58 Abs.2 VwGO widerlegt.⁷⁹⁾ Die Vorschrift soll verhindern, daß jemandem in Unkenntnis eines Rechtsbehelfs ein Schaden entsteht. Für diese Situation ist die Frist des § 58 Abs.2 VwGO ausreichend. Entscheidend ist jedoch, daß im Rahmen des § 58 VwGO eine Bekanntgabe der Entscheidung, wenn auch bei unterbliebener oder unrichtiger Rechtsmittelbelehrung erfolgt ist. Der Beteiligte hat daher Kenntnis von der Entscheidung, nur nicht von den Rechtsbehelfen, die ihm zur Verfügung stehen. Eine entsprechende Anwendung des § 58 Abs.2 VwGO ist für den Fall unmöglich, daß dem Nachbarn die Erteilung der Genehmigung überhaupt nicht bekanntgemacht ist. Die Ansicht des BayVGh findet keine Stütze in der gesetzlichen Regelung. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß bei begünstigenden Verwaltungsakten mit Drittwirkung die Widerspruchsfrist nur zu laufen beginnt, wenn die Entscheidung dem belasteten Dritten bekanntgegeben wurde.⁸⁰⁾

Aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung könnte dem Nachbarn nachfolgend die Einlegung eines Widerspruchs verwehrt sein, wenn er sich trotz Kenntnis von seinem Anfechtungsrecht erst nach einem unverhältnismäßig langen Zeitraum zur Einlegung des Widerspruchs entschließt.

Die Verwirkung prozessualer Befugnisse, insbesondere die Verwirkung von Rechtsbehelfen, ist heute im Verwaltungsrecht anerkannt.⁸¹⁾ Nach der Rechtsprechung

79) Eyermann-Fröhler VwGO Rdnr.13 zu § 58; Klinger VwGO Anm.E zu § 58.

80) So auch Ule a.a.O.

81) Vgl. dazu Stich: Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren in DVBl. 1956/325 ff.; Forsthoff VWR § 9 S.157 f; Wolff § 37 III 3.

des Bundesverwaltungsgerichts kann die Ausübung eines Rechtes verwehrt sein, wenn der Berechtigte mit der Ausübung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde. Dazu führt das Gericht aus:⁸²⁾ In einem solchen Fall handele derjenige nur scheinbar als Berechtigter, in Wahrheit jedoch widerrechtlich, weil er die sich aus seinem Rechtsverhältnis gegenüber dem anderen Teil ergebende Pflicht verletze, berechnigte Interessen und Erwartungen des anderen Teils zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz gelte auch für das öffentliche Recht, wo der Gedanke der Verwirkung Platz greifen könne.

Die Verwirkung setzt jedoch über den bloßen Zeitablauf ein weiteres doloses Verhalten des Berechtigten voraus.⁸³⁾ Wenn der Betroffene die Rechtslage kannte oder zumutbar kennen mußte und sich erst nachträglich zur Einlegung eines Rechtsmittels entschloß, obwohl ihm die Möglichkeit zur früheren Einlegung gegeben war, kann ein Verstoß gegen Treu und Glauben angenommen werden. In diesem Fall wird das an sich gegebene Recht durch die Ausprägung des Vertrauensgrundsatzes und der Generalklausel von Treu und Glauben verwirkt.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf das Baurecht ergibt, daß der Nachbar zur Kenntnisnahme unverzüglich Widerspruch bei der Verwaltungsbehörde einlegen muß. Hat der Bauherr zum Beispiel mit der Ausführung seines Bauvorhabens begonnen und dabei einen Dispens von dem an sich notwendigen Grenzabstand erhalten, so kann aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung dem Nachbarn die nachträgliche Einlegung des Widerspruchs

82) BVerwGE Bd.6 204 (205); F.Bd.7 54 ff. (56).

83) So Forsthoff a.a.O.

verwehrt sein, wenn er trotz Kenntnis seines Anfechtungsrechtes mit der Einlegung des Widerspruchs so lange gewartet hat, daß die Beseitigung der vom Bauherrn bereits geschaffenen baulichen Zustände eine unzumutbare Belastung für diesen darstellen würde. Es muß jedoch der Nachweis erbracht werden, daß der Nachbar von der Baugenehmigung indirekt Kenntnis erhalten und absichtlich die Einlegung des Rechtsmittels verzögert hat.⁸⁴⁾

84) Vgl. dazu die Bedenken des OVG Lüneburg
Urt.v.18.7.51 in VerRspr.Bd.4, 850(852).

Kapitel VIII

Der vorbeugende Rechtsschutz

1. Die Rechtslage vor Erteilung der Baugenehmigung

Die Rechte des Nachbarn können nur wirksam gewährleistet werden, wenn dem Nachbarn ein schneller und wirkungsvoller Rechtsschutz gegen unzulässige Baumaßnahmen zur Seite steht. Ist das Bauvorhaben des Bauherrn erst einmal in Angriff genommen, so ist es mit der Wirksamkeit des nachbarlichen Rechtsschutzes um so schlechter bestellt, je weiter das Bauvorhaben fortgeschritten ist, mag es auch rein theoretisch für den Erfolg der Anfechtungsklage nicht ins Gewicht fallen, ob der Bauherr im Zeitpunkt der Klageerhebung sein Vorhaben schon zum Teil ausgeführt hat oder nicht.¹⁾

So erweist sich gerade im Baurecht der durch die Anfechtungsklage gegebene ausgleichende Rechtsschutz als unbefriedigend, können damit doch nicht alle in der Zwischenzeit geschehenen Maßnahmen ungeschehen gemacht und beseitigt werden, wie die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Beseitigungs- und Folgebeseitigungsanspruches beweisen.

Einigkeit besteht daher insoweit, als dem Nachbarn unter Umständen auch schon vor Erteilung der Baugenehmigung im Hinblick auf den durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten umfassenden Rechtsschutz eine Abwehrmöglichkeit gegen drohende Beeinträchtigungen zugestanden

1) Vgl. dazu Gelzer, Zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, Ruf nach einer einheitlichen Prozeßpraxis trotz unterschiedlicher Rechtstheorien in NDV 1965 S.793 mit den dort aufgeführten Gründen.

werden muß.²⁾ Über die Frage, wie der Schutz rechtlich auszugestalten sei, gehen die Meinungen jedoch weit auseinander.

Vor Erteilung der Baugenehmigung scheidet eine Anfechtungsklage aus, denn es fehlt an einem für die Klage notwendigen Verwaltungsakt. Auch wenn die Erteilung der Genehmigung unmittelbar bevorsteht und sich ihr Erlaß aus den Gesamtumständen abzeichnet, muß eine Anfechtungsklage gegen einen in Aussicht gestellten Verwaltungsakt als unzulässig angesehen werden.³⁾

Aus den Darlegungen über die Klageart nach Erteilung der Baugenehmigung ergibt sich, daß in diesem Zeitpunkt auch eine Verpflichtungsklage unzulässig ist. Aus den gleichen Gründen kann die von Ule⁴⁾ vorgeschlagene "andere Leistungsklage" nicht zum Zuge kommen. Auch für die "andere Leistungsklage" ist das Vorliegen eines materiellen Leistungsanspruches Voraussetzung. Insoweit unterscheidet sich diese Klage nicht von der Verpflichtungsklage. Sie ist nur in ihren Voraussetzungen nicht so eng gefaßt.

Der Nachbar will jedoch nur einen Abwehranspruch geltend machen mit dem Ziel, daß die Verwaltungsbehörde die Erteilung eines nachbarschädlichen Dispenses im Rahmen des Genehmigungsverfahrens unterläßt. Wie nachfolgend die Baugenehmigung aussieht und von welchen Vorschriften, ausgenommen den nachbarschützenden, dispensiert worden ist, interessiert den

2) Vgl. auch BVerwG v.12.4.1956 in DÖV 1957 S.426 über die Frage der Zulässigkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage.

3) Vgl. OVG Münster Urt.v.24.11.55 in DÖV 1956 S.411; OVG Hamburg Urt.v.27.9.51 in DVBl.1952 S.86; vgl. auch Brohm a.a.O.S.83 hinsichtl.der Versuche, in diesem Fall den Begriff des Verwaltungsaktes sehr weit zu fassen, um zu einer Klagemöglichkeit zu kommen. Anm.65 und 66.

4) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Vorbem.zu § 42 VerwGO, der für diesen Fall die Anwendung der Verpflichtungsklage ablehnt.

interessiert den Nachbarn nicht.

Dagegen hält das OVG Münster eine Vornahmeklage auf Ablehnung des Baugesuches für zulässig, wenn die Erteilung der Bauerlaubnis mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und vorbereitende Maßnahmen der Behörde bereits erkennbar sind.⁵⁾

Dieser auch von Gelzer⁶⁾ vertretenen Meinung kann jedoch nicht gefolgt werden. Insbesondere kann die Abgrenzung der in diesem Fall für zulässig erachteten negativen Vornahmeklage von der vorbeugenden Unterlassungsklage nicht überzeugen. Die Zulässigkeit der Vornahmeklage soll sich aus dem Umstand ergeben, daß sie auf eine bereits konkret erkennbare Absicht der Baubehörde gerichtet ist. Auch wenn Gelzer eingehend die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage für den Einzelfall begründet und daraus eine Abgrenzung zu der vorbeugenden Unterlassungsklage vornimmt, ändert das jedoch nichts an der Tatsache, daß auf diese Weise die Klageart durch die Intensität des Rechtsschutzbedürfnisses bestimmt wird. Das Rechtsschutzbedürfnis kann zwar für die Zulässigkeit einer bestimmten Klageart entscheidend sein, als entscheidenes Kriterium zur Abgrenzung der Vornahmeklage von der vorbeugenden Unterlassungsklage, also zwei verschiedener Klagearten, kann es nicht herangezogen werden.⁷⁾

So sehr auch das praktische Bedürfnis bestehen mag, dem Nachbarn einen Rechtsschutz zu gewähren, wenn zwar die formelle Baugenehmigung mit einem Dispens noch nicht erteilt ist, die Behörde jedoch schon

5) So in der OVGE Bd.13/6 ff.(10).

6) Vgl. Gelzer in NJW 58/326; NJW 59/1905; DÖV 65/793; vgl. auch Pietzonka in BBauBl. 58/66; dagegen Ule Vorbem. zu § 42 VerwGO und Schäfer in DVBl. 62/846 unter Berufung auf OVG Berlin in BRS Bd. 6/132.

7) So im Ergebnis auch Redeker in NJW 59/749 ff.

eine Entscheidung, wenn auch nicht in der vorgeschriebenen Form, gefaßt hat, kommt die Zulassung der Vornahmeklage für diesen Fall im Ergebnis einer vorbeugenden Unterlassungsklage, gerichtet auf die Verhinderung der Erteilung der Baugenehmigung, gleich.⁸⁾

Im Ergebnis geht die Vornahmeklage noch über die Unterlassungsklage hinaus, denn mit der Unterlassungsklage will der Nachbar nur die Erteilung eines nachbarschädlichen Dispenses verhindern; die Vornahmeklage führt jedoch zur Verurteilung auf Erlaß eines bestimmten Verwaltungsaktes. Im vorliegenden Fall kann das Gericht die Behörde aber lediglich verpflichten, im Rahmen der Baugenehmigung eine nachbarschädliche Dispensierung zu unterlassen, ohne die Behörde in ihrer weiteren Entscheidungsfreiheit einzuzwingen.

Die Verpflichtungsklage in Form der Vornahmeklage auf eine negative Bescheidung kommt vor Erteilung der Baugenehmigung wegen fehlender Voraussetzungen nicht zum Zuge.⁹⁾

2. Die vorbeugende Unterlassungsklage

Die vom Schrifttum und der Rechtsprechung immer wieder vorgetragenen Bedenken gegen die vorbeugende Unterlas-

8) Vgl. Brohm, a.a.O.S.83 Anm.61.

9) Im Ergebnis ist Gelzer a.a.O.S.793 beizupflichten, wenn er sagt, daß es nicht möglich sei, die Rechtsbehelfe der VwGO gegen diese atypischen VAtE in allen Einzelheiten in eines der schon bestehenden Rechtssysteme einzuzwingen. Die Frage ist nur, ob in diesem Fall nicht die vorbeugende Unterlassungsklage anstelle des weitergehenden, aber nicht notwendig erscheinenden Verpflichtungsentreges zugelassen werden sollte.

sungsklage haben letztlich ihre Ursache darin, daß der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz überwiegend restituierender Natur ist. Daß der Schwerpunkt des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in der kassatorischen Wirkung begründet ist, liegt zum Teil an der historischen Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, zum Teil aber auch in der Natur der Sache.¹⁰⁾

Hat die Behörde eine Maßnahme noch nicht ergriffen und klagt der einzelne auf Unterlassung dieser Maßnahme, so fehlt es in der Regel vor Erlaß des Verwaltungsaktes an der Bestimmbarkeit des Verwaltungshandelns und auch am Rechtsschutzbedürfnis des noch nicht Betroffenen. Bei der Kontrolle der Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit von Verwaltungsmaßnahmen, die in der Zukunft liegen, muß jedoch die zu treffende Maßnahme hinreichend bestimmbar und auch ein Rechtsschutzbedürfnis bereits gegeben sein. Ohne diese Voraussetzungen ist eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle unmöglich.

Diese Schwierigkeiten treten beim rein kassatorischen Rechtsschutz nicht auf. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß der kassatorische Rechtsschutz nach dem geltenden Recht ein alleiniges Prinzip der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist.¹¹⁾ Dagegen spricht einmal die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, zum anderen hat der Gesetzgeber in bewußt rechtsstaatlicher Fortentwicklung ein System von Vorschriften entwickelt, das vom Ergebnis her auch auf eine vorbeugende Sicherung der Rechtsstellung des Individuums hinausläuft.

¹⁰⁾ Vgl. dazu Brohm, a.a.O.S.86.

¹¹⁾ Vgl. Naumann: Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß a.a.O.S.393; Rupp DVBl. 58. 113 ff.(118).

So wird im Rahmen der Verpflichtungsklage (Untätigkeitsklage) dem vorbeugenden Rechtsschutz Rechnung getragen. Auch der Suspensiveffekt der Anfechtungsklage, die Möglichkeit der Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes durch die Verwaltungsgerichte und die Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Anordnung sind ein Beweis dafür, daß die Verwaltungsgerichtsordnung den vorbeugenden Rechtsschutz gleichwertig neben den kassatorischen Rechtsschutz gestellt hat.¹²⁾ Auch kann aus der Tatsache, daß die VwGO im Zusammenhang mit Verwaltungsakten nur die Anfechtungsklage, die Feststellungsklage und die auf positive Leistung gerichtete Verpflichtungsklage aufführt, nicht als Schluß gezogen werden, daß die vorbeugende Unterlassungsklage dem öffentlichen Recht fremd ist.¹³⁾

Entscheidend ist, daß gemäß § 40 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.¹⁴⁾ Im Hinblick auf die Generalklausel kann nicht davon ausgegangen werden, daß materiell-rechtliche Ansprüche nur dann klagbar sind, wenn die Prozeßordnung dies ausdrücklich bestimmt. Zur Ablehnung der vorbeugenden Unterlassungsklage reicht demnach nicht der bloße Hinweis auf das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung aus.¹⁵⁾

12) Vgl. Naumann a.a.O.S.399; Ruckdäschel: Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß DÖV 61/675 ff. (677).

13) Vgl. a.A.OVG Hamburg Urt.v.27.9.51 in DVBl.52 S.86.

14) Vgl. Eyermann-Fröhler a.a.O. Rdnr.1 u.24 zu § 42 VwGO; Naumann, a.a.O.S.349.

15) Vgl. dazu die Streitfrage über die Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß vor Einführung der VwGO. Auch da ging der Streit um die Zulässigkeit des vorbeugenden Rechtsschutzes. Nur in § 30 BVerwGG und § 64 Rh-Pf. VGG war die einstweilige Anordnung gesetzlich zu-

Weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage werden aus dem Gesichtspunkt hervorgebracht, die Zulassung der Klage verstoße gegen das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG. Die Rechtsprechung würde sich in die Tätigkeit der Verwaltung einmischen und selbst exekutive Aufgaben wahrnehmen. In diese Richtung geht auch die Argumentation des OVG Münster,¹⁶⁾ das sich mit folgenden Gründen gegen die Zulässigkeit der Klage wendet: die Verwaltungsgerichte seien auf die Kontrolle der Verwaltung beschränkt, weil sie als echte Gerichte ausgestaltet, zur rechtsprechenden Gewalt gehörten. Nach dem gesamten System des Verwaltungsrechtsschutzes beruhe die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte nicht in der Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln, sondern in der Entscheidung. Daraus folge, daß die Verwaltungsgerichte der Verwaltung mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen nicht durch Urteilsspruch verbieten könnten, einen beabsichtigten oder in Erwägung gezogenen Verwaltungsakt zu erlassen. Abgesehen davon, daß die VwGO eine solche vorbeugende Unterlassungsklage nicht vorsehe, würde ein solcher Urteilsspruch in die Tätigkeit der Verwaltung eingreifen und damit gegen das in Art. 20 Abs. 2 GG verankerte Prinzip der Gewaltenteilung verstoßen. Auch die Verpflichtungsklage, mit der der Staatsbürger den Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes erzwingen könne, stelle keine Ausnahme von diesem Prinzip dar, da der Staatsbürger in diesem Fall ihm gesetzlich zu-

gelassen, während die überwiegende Meinung in Rspr. und Schrifttum die Zulässigkeit dieses Rechtsinstituts lange Zeit verneint hat. Erst in jüngster Zeit, vor Erlass der gesetzlichen Regelung, wurde die einstweilige Anordnung auch ohne die Ermächtigung durch ein Prozeßgesetz anerkannt. Vgl. dazu Quaritsch, a.a.O.S. 210, 211 Anm. 1 und 2.

16) OVG Münster Urt.v.24.11.55 in DÖV 56/411=DVB1. 56/275

stehende Rechtsansprüche auf ein bestimmtes Tätigwerden der Verwaltung verfolge, während ein Rechtsanspruch auf ein Untätigbleiben der Verwaltung nicht bestehe.¹⁷⁾

Auch Ringe¹⁸⁾ ist der Ansicht, daß die Verwaltung nicht von vornherein verpflichtet sein könne, rechtswidrige Verwaltungsakte in jedem Fall zu unterlassen. Dem Staatsbürger könne kein allgemeiner Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Gesetzesvollziehung zustehen. Damit werde aber nicht - vom Inhalt her gesehen - das Recht des einzelnen auf Unterlassung rechtswidriger Verwaltungsakte berührt, denn in jedem Falle stehe ihm ein Anfechtungsrecht, das zur Aufhebung der rechtswidrigen Maßnahme führe, zur Seite. Der Staatsbürger müsse aber den belastenden Verwaltungsakt vorerst über sich ergehen lassen.¹⁹⁾

Würde man den Spielraum der Verwaltung in der Weise einengen, daß der Staatsbürger einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung hoheitlich rechtswidriger Maßnahmen habe, so bedeute das einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip. Der dritten Gewalt könne nicht die Aufgabe zukommen, die Erteilung von Verwaltungsakten, auch wenn sie rechtswidrig sein würden, zu unterbinden.

Diese vom OVG Münster und auch von Ringe geltend gemachten Bedenken sind jedoch schon vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund und der sich daraus ergebenden praktischen Handhabung der Gewaltenteilung kaum vertretbar.

17) So auch OVG Münster Beschl.v.8.2.57 in NJW 57/1251.

18) Ringe: Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen in DVBl.378ff. (379).

19) A.a.O.S.380.

Das Prinzip der Gewaltenteilung dient nicht einem theoretischen Selbstzweck, sondern hat die Sicherung der Freiheit des Einzelnen gegenüber der Allmacht des Staates zum Ziel. Diese Sicherung soll dadurch erreicht werden, daß aus der Trennung der Gewalten eine gegenseitige Hemmung in der Machtentfaltung resultiert. Da unsere Verfassung die Freiheit des Individuums vor Zwang und ungesetzlichen Eingriffen als den Primat der Verfassung herausstellt, nimmt das Grundgesetz manche Überschneidungen und Vermengungen bei dem Prinzip der Gewaltenteilung in Kauf, um den Bestand der Freiheitsrechte zu garantieren.²⁰⁾

Das Grundgesetz lehnt eindeutig eine Konzeption der strikten Gewaltenteilung nach dem französischen Vorbild ab, wonach jede Entscheidung des Gerichtes über eine Maßnahme der Verwaltung als ein Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung angesehen wird, es sei denn, die Fehlerhaftigkeit der Verwaltungsmaßnahme wiegt so schwer, daß die Handlung als solche der Verwaltung nicht mehr zugerechnet werden kann.²¹⁾

Der Gedanke des Rechtsstaates, wie er in Art. 19 Abs. 4 GG seinen Ausdruck findet, hat die richterliche Gewalt in hohem Maße aus der strengen Gewaltenteilung herausgehoben. Aus der im Laufe der Zeit veränderten Rechtsbeziehung des Einzelnen zum Staat und dem Ausbau der modernen Leistungs- und Eingriffsverwaltung, ist die Aufgabe der Rechtsprechung, als hemmende Gewalt und Kontrollinstanz tätig zu werden, stark angewachsen.

20) Vgl. Maunz-Dürig, Komm. Rdnr. 79, 80 zu Art. 20 GG und Rdnr. 5 zu Art. 19 Abs. 4 GG: "Das dem GG zugrundeliegende Prinzip der Gewaltenteilung ist zur Gewaltenkontrolle entwickelt worden, und zwar wie Art. 93, 100 und vor allem Art. 19 Abs. 4 zeigen - zu einer vornehmlich durch die Rechtsprechung ausgeübten Gewaltenkontrolle." Vgl. auch Maunz: Deutsches Staatsrecht § 25 I 2.

21) Bachof, Vornahmeklage S. 19.

Die Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ermöglicht es den Gerichten heute, mit Gestaltungs- und Leistungsurteilen entscheidend in die Verwaltungsfreiheit einzugreifen, ohne daß darin ein Verstoß gegen das in Art. 20 Abs. 2 GG verankerte Gewaltenteilungsprinzip gesehen wird.²²⁾ So wie sich die Verwaltungsgerichte bei Anfechtungs- und Verpflichtungsurteilen auf eine überwachende Tätigkeit beschränken, üben sie bei der Unterlassungsklage auch nur eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle aus, wobei das Gericht prüft, ob die drohende Maßnahme in dem konkreten Fall rechtlich zulässig ist. Im Rahmen der Anfechtungsklage ergeht nach Prüfung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ein Aufhebungsurteil, im Falle der Unterlassungsklage ein Unterlassungsurteil. Ein Unterschied zwischen den beiden Urteilen besteht nur insoweit, als bei der Unterlassungsklage die der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegende Maßnahme noch nicht erlassen ist.

Entscheidend für die Beurteilung der Zulässigkeit der Unterlassungsklage ist also nicht ihre Vereinbarkeit mit dem Gewaltenteilungsprinzip - diese ist in ebenso großem Umfang wie bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen gegeben - , sondern die Frage, welche Möglichkeiten der Gesetzgeber im System der Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet hat.²³⁾

Ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit der Unterlassungsklage gründet sich auf der in die Zukunft wirkenden Rechtskraft des Unterlassungsurteiles.

Ist schon die Wirkung der Rechtskraft in abgeschlossenen Fällen bei rein kassatorischen Urteilen bestrit-

22) Vgl. Brohm, a.a.O. S. 85; Ruckdäschel, in DÖV 61, 675ff. (682).

23) So auch Rupp a.a.O. S. 118.

ten,²⁴⁾ so wird hinsichtlich der Unterlassungsklage die Meinung vertreten, daß die Klage wegen der in die Zukunft reichenden Rechtskraftwirkung unzulässig sei. Insbesondere weist das OVG Hamburg²⁵⁾ darauf hin, daß gerade im Hinblick auf die Gefahr eines unrichtigen Urteiles die Wirkung der Rechtskraft dieses unrichtigen Urteiles weittragende Folgen haben würde. Handele es sich um einen schon erlassenen Verwaltungsakt, so seien die Wirkungen eines unrichtigen Urteiles auf diesen Verwaltungsakt beschränkt. Die Wirkungen einer unrichtigen Entscheidung über die Zulässigkeit künftiger Verwaltungsakte hätten jedoch zur Folge, daß derartige Verwaltungsakte durch die Rechtskraft des Unterlassungsurteiles für immer ausgeschlossen seien. Auch ein ursprünglich richtiges Urteil mit Dauerwirkung für die Zukunft könne durch eine Veränderung der Verhältnisse nachträglich seine Berechtigung verlieren, ohne daß eine dem § 323 ZPO entsprechende Möglichkeit im öffentlichen Recht gegeben sei, mit einer Abänderungsklage die Rechtslage den tatsächlich veränderten Verhältnissen anzupassen. Das würde nach Ansicht des Gerichtes zu einer unerträglichen Hemmung der Verwaltung führen und es könne daher das Fehlen einer solchen Abänderungsklage als ein Indiz dafür angesehen werden, daß der Gesetzgeber die Unterlassungsklage ausschließen wollte.²⁶⁾

Es ist zugegeben, daß die Rechtskraftwirkung eines Aufhebungsurteiles über einen konkreten in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen Fall, der nachfolgend keiner Veränderung mehr unterliegt,

24) Vgl. Quaritsch a.a.O.S.232, auch Anm.106 wegen des Streitgegenstandes.

25) OVG Hamburg Urt.v.27.9.51 in MDR 1952/186(187).

26) Vgl. auch dazu OLG Köln Urt.v.19.11.51 in MDR 52/173.

nicht die Schwierigkeiten aufweist, die sich aus der Rechtskraft bei den in die Zukunft wirkenden Urteilen ergeben können. Gerade im Hinblick auf den schnelleren Wandel von Tatsachen und Rechtsgrundlagen im Verwaltungsrecht ist der Bestand der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen weit mehr gefährdet, als Entscheidungen auf anderen Rechtsgebieten.²⁷⁾ Allerdings können diese bestehenden Schwierigkeiten nicht zur Ablehnung und Unzulässigkeit der Unterlassungsklage führen, denn auch die Rechtskraft eines Unterlassungsurteiles kann für die Zukunft nur verhindern, daß die Verwaltungsbehörde bei gleichem Sach- und Streitgegenstand die Verwaltungsmaßnahme unterläßt.²⁸⁾

Ergeben sich zum Beispiel nachfolgend neue Tatsachen, die bei der Entscheidung des Gerichtes keine Berücksichtigung erfahren haben, so tritt eine Veränderung der Sachlage ein, die von der Rechtskraft des Unterlassungsurteiles nicht mehr erfaßt wird und damit neue Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Verwaltungsbehörde schafft.²⁹⁾ Dabei ergeben sich durchaus Parallelen zu der Rechtskraftwirkung eines Aufhebungsurteiles. Auch hier ist der Verwaltungsbehörde bei gleichbleibender Rechts- und Sachlage der nochmalige Erlass desselben Verwaltungsaktes verwehrt. Insoweit greift die Rechtskraft eines Aufhebungsurteiles auch in die zukünftige Entscheidungsfreiheit der Verwaltungsbehörde hemmend ein. Auch der Anfechtungsklage ist daher der Charakter vorbeugenden Rechtsschutzes beizumessen, denn die Behörde

²⁷⁾ Vgl. Brohm a.a.O. S. 87.

²⁸⁾ Vgl. Eyermann-Fröhler, a.a.O.Rdn. 24 zu § 42 VwGO; Bachof, Vornahmeklage S.140 Anm. 2.

²⁹⁾ Vgl. dazu die von Brohm angeführten Beispiele a.a.O.S. 87.

ist über die restituierende Wirkung des Aufhebungsurteiles hinaus gehalten, alles zu unterlassen, was den vom Gericht aufgehobenen Zustand wieder herbeiführen könnte.³⁰⁾

Im Falle unrichtiger Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ist bei Unterlassungsurteilen die Gefahr der Hemmung der Tätigkeit der Verwaltung nicht größer als bei anderen verwaltungsgerichtlichen Urteilen auch.³¹⁾ Die in die Zukunft reichende Dauerwirkung des Unterlassungsurteiles findet ihre Begrenzung auf den konkreten Fall im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Bleibt die Rechtskraft jedoch auf den konkreten Fall beschränkt, der zur Zeit der gerichtlichen Entscheidung vorliegt, so erwachsen auch bei einer unrichtigen Entscheidung keine anderen Nachteile als die gewöhnlichen, die im Interesse der Rechtssicherheit bei allen unrichtigen Urteilen in Kauf genommen werden müssen.³²⁾

Voraussetzung für die Unterlassungsklage ist das Vorliegen eines materiell-rechtlichen Anspruches.³³⁾ Der Kläger muß einen materiellen Anspruch auf Unterlassung der Verwaltungsmaßnahmen haben und diesen Anspruch für die Zulässigkeit der Klage darlegen.

30) Vgl. dazu Bettermann in DVBl. 53, 164, wobei allerdings zu beachten ist, daß die Anfechtungsklage trotz dieser Nebenfolge eine Gestaltungsklage bleibt. Dadurch, daß incidenter durch die Rechtskraft des Anfechtungsurteiles die nochmalige Erteilung des angefochtenen Verwaltungsaktes verhindert wird, nimmt diese nicht den Charakter einer Leistungsklage an.

31) Vgl. Naumann, a.a.O. S. 405.

32) Vgl. Fenge, Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten in DÖV 56, 392 ff.

Dieser ergibt sich aus der Anerkennung von subjektiv-öffentlichen Rechten, den sogenannten negativen Rechten oder auch Freiheitsrechten, die darauf gerichtet sind, den durch die Verfassung garantierten Freiheitsraum des Einzelnen von rechtswidrigen hoheitlichen Eingriffen zu schützen.³⁴⁾

Aus diesem rechtsstaatlichen Grundrechtsverhältnis des Einzelnen zum Staat ergibt sich die Pflicht des Staates zur Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe. Auch wenn durch die Bejahung einer Unterlassungspflicht eine Kollision zwischen den sich aus der Verwaltungshoheit des Staates ergebenden Rechten und den durch die Verfassung geschützten Freiheitsrechten des Einzelnen eintritt, kann durchaus nicht geschlossen werden, daß die Rechte des Individuums auf Freiheit von ungesetzlicher und daher rechtswidriger Beeinträchtigung hinter den Interessen des Staates zurückstehen müssen.³⁵⁾ Aus der Überordnung des Staates gegenüber dem Einzelnen kann sich für diesen nicht die Pflicht ergeben, rechtswidrige Eingriffe vorerst dulden zu müssen, um sich dann nach geschehenem Eingriff mit den zu Gebote stehenden Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen.

Der sich aus den Freiheitsrechten ergebende Unterlassungsanspruch ist nicht so schwach, daß der Staatsbürger hinsichtlich rechtswidriger hoheitlicher Maßnahmen einer Duldungspflicht unterliegt. Der Grundsatz "Dulde und liquidiere",³⁶⁾ wonach der Staatsbürger mangels einer unmittelbaren Angriffs-

33) Vgl. Ringe, DVBl. 58/378 ff.
Naumann, a.a.O. S. 403; Rupp a.a.O. S. 120.
Eyermann-Fröhler, VwGO Rdn. 23 zu § 42 VwGO.

34) Vgl. Bachof, Vornahmeklage S. 67.

35) A.A. Ringe, a.a.O. S. 379.

36) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 53
Anm. 27.

möglichkeit nur einen nachfolgenden vermögensrechtlichen Ausgleichsanspruch für bereits eingetretene rechtswidrige Beeinträchtigungen hatte, kann vor dem heutigen verfassungsgerichtlichen Hintergrund keine Geltung mehr beanspruchen.³⁷⁾ Die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung dieses Unterlassungsanspruches kann im Hinblick auf die verwaltungsgerichtliche Generalklausel und den durch die Verfassung in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten umfassenden Rechtsschutz nicht mehr geleugnet werden.³⁸⁾ Ohne die Zulassung des vorbeugenden Rechtsschutzes würde im gesamten System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes eine Lücke entstehen, die mit den Anforderungen der Verfassung nicht in Einklang zu bringen wäre, mag auch in der Praxis dem vorbeugenden Rechtsschutz im Vergleich zum kassatorischen Rechtsschutz für bereits erlassene Verwaltungsakte keine übergeordnete Bedeutung beizumessen sein.³⁹⁾

Zu der Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungsklage im Zivilrecht zeigen sich verschiedene Parallelen. Auch im Privatrecht hat sich erst im Laufe der Zeit ein voller vorbeugender Rechtsschutz für negatorische und quasi-negatorische Ansprüche entwickelt und die Unterlassungsklage nach anfänglichem Zögern als ein besonderer Klagetypus Eingang gefunden,⁴⁰⁾ wobei ihre dogmatische Einordnung in das Privatrechtssystem Schwierigkeiten bereitet, da diese

³⁷⁾ So Bachof, Vornahmeklage S.16; Naumann a.a.O. S.398; Rupp a.a.O.S.119; Bettermann in DVBl. 52/312; a.A.Ringe a.a.O.S.380; vgl. auch Jellinek, VWR 3.Aufl.S.208, der darauf hinweist, daß der Einzelne die Unterlassung eines gesetzwidrigen Eingriffs "verlangen" könne, da es sonst unverständlich wäre, warum ihm gegen den geschehenen Eingriff ein Klagerecht zustehe

³⁸⁾ Vgl. Ruckdäschel, a.a.O.S. 676.

³⁹⁾ Vgl. Ruckdäschel, a.a.O.

⁴⁰⁾ Vgl. Naumann, a.a.O.S. 393; Soergel-Siebert Rdn.54 zu § 1004 BGB.

Klage keine Weiterbildung des materiellen Rechtes, sondern eine Erweiterung des prozessualen Güterschutzes⁴¹⁾ darstellt.

Das Reichsgericht⁴²⁾ hatte zunächst die vorbeugende Unterlassungsklage nur zugelassen, wenn ein rechtswidriger Eingriff bereits geschehen war und aus den Gesamtumständen eine Wiederholung des Eingriffes ernsthaft zu befürchten war. Die Unterlassungsklage ergab sich in Anlehnung an den in den deliktischen Schadens- und Unterlassungsansprüchen enthaltenen Rechtsgedanken, vor allem aber an den aus absoluten Rechten folgenden Unterlassungsanspruch gegen den Störer nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.⁴³⁾ In seiner Entscheidung vom 17.2.1921⁴⁴⁾ verzichtete das RG jedoch auf das Erfordernis eines bereits erfolgten Eingriffes und ließ die vorbeugende Unterlassungsklage auch bei einer nur drohenden rechtswidrigen Beeinträchtigung zu. Es führte dazu aus, auch die Drohung mit dem Eingriff in ein geschütztes Recht könne unter Umständen eine so erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen, daß darin ein widerrechtlicher Eingriff zu sehen sei. Es entspräche den Grundgedanken, die die Rechtssprechung bei der Anerkennung dieses Rechtsbehelfes verfolgt habe, unter den vorausgesetzten Umständen die Unterlassungsklage schon bei drohenden erstmaligen Eingriffen zu gewähren. Um eine unmäßige Ausweitung der Unterlassungsklage zu verhindern, stellte das Reichsgericht besonders strenge Anforderungen an das Rechtsschutzbedürfnis, ohne jedoch von vornherein den Anwendungsbereich der Klage auf absolute Rechte zu beschränken. So wurden

41) Vgl. dazu die Untersuchungen von Larenz, Schuldrecht Bd. II § 70 II.

42) RGZ Bd. 48/114.

43) Vgl. Palandt, Komm.Anm. 5 zu § 241 BGB; Soergel-Siebert, a.a.O. Anm. 1 Rdn. 2 vor § 1004 BGB.

44) RGZ 101/335 ff. (340).

bloße Rechtsgüter, wie Ehre, Kredit und Gesundheit, und der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb den absoluten Rechten gleichgestellt.

Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen vorbeugenden Unterlassungsklage muß der Gedanke des umfassenden Rechtsschutzes im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG erst recht in den Vordergrund treten.⁴⁵⁾ Ihrem Ziel nach ist die Klage auf Verhütung eines rechtswidrigen Eingriffes gerichtet. Sie dient also nicht der Eingriffsbeseitigung sondern der Eingriffsverhütung.⁴⁶⁾

Ihrem Inhalt nach wird sie unter die Leistungsklage einzuordnen sein, da der Kläger ein Unterlassen von der Behörde begeht.⁴⁷⁾ Die Zulässigkeit der Unterlassungsklage hängt weitgehend von dem Grade der Konkretisierung und Bestimmbarkeit der drohenden Verwaltungsmaßnahme und dem Rechtsschutzbedürfnis des Klägers ab. Das Rechtsschutzbedürfnis wird nur in seltenen Fällen bejaht werden können, da der Anspruch konkret und nachhaltig gefährdet sein muß.⁴⁸⁾ Insbesondere scheidet Unterlassungsklage in den Fällen aus, in denen durch eine, in der VwGO ausdrücklich vorgesehene, andere rechtliche Möglichkeit ausreichender Schutz gegen die befürchtete Maßnahme gewährt werden kann. Hat der Nachbar zum Beispiel die Möglichkeit, nach Erteilung der Baugenehmigung gegen diese mit der Anfechtungsklage vorzugehen und erweist sich der mit dieser Klage verbundene Suspen-

45) Vgl. Rupp a.a.O. S. 119.

46) Vgl. Bettermann in DVBl. 52, 314.

47) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler a.a.O. Rdn. 24 zu § 42 VwGO.
Brohm, a.a.O. S. 80. auch Anm. 41.

48) So Naumann, a.a.O. S. 405; Schäfer DVBl. 60, 837, 842; Eyermann-Fröhler, a.a.O. Rdn. 23 zu § 42 VwGO und die in Rdn. 25 aufgeführten Beispiele.

siveffekt als wirksam genug, die Rechte des Klägers zu wahren, dann wird in der Regel ein Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage fehlen. Erweist sich der nachfolgende Rechtsschutz der Anfechtungsklage und insbesondere der vorläufige Rechtsschutz durch den Suspensiveffekt für den Nachbarn als nicht ausreichend, weil dem Bauherrn trotz der aufschiebenden Wirkung der Klage die Möglichkeit zum Weiterbauen gegeben ist, so muß die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage bejaht werden. Die Frage der Zulässigkeit des vorbeugenden Rechtsschutzes hängt demnach gerade im Baurecht aufs engste mit der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des vorläufigen Rechtsschutzes zusammen.

Darüber hinaus wird man dann die Zulässigkeit der Unterlassungsklage bejahen müssen, wenn die Verwaltungsbehörde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens dem Bauherrn eine sogenannte Teilbauerlaubnis⁴⁹⁾ erteilt hat, die die Ausführung vorbereitender Baumaßnahmen gestattet. Der Nachbar kann diese Genehmigung nicht mit der Anfechtungsklage angreifen, da die Teilbauerlaubnis in der Regel nur unter dem Vorbehalt der endgültigen Baugenehmigung erteilt wird und daher den Nachbarn noch nicht in seinen Rechten verletzen kann,⁵⁰⁾ obwohl mit der Durchführung vorbereitender Baumaßnahmen die Rechtsstellung des Nachbarn faktisch beeinträchtigt wird. Die Durchsetzung seiner Rechte wird durch die bereits mittels der Teilgenehmigung ausgeführten baulichen Maßnahmen erschwert. Daraus wird man ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung der Unterlassungsklage herleiten müssen.

49) Vgl. dazu die Regelung in Art. 93 BayBO und die entsprechenden Regelungen der einzelnen Landesbauordnungen.

50) So auch OVG Münster in DVBl 58 67

Kapitel VIII

Der vorläufige Rechtsschutz des Nachbarn im Anfechtungsverfahren

1. Darstellung der Problematik

Auch wenn sich hinsichtlich der zu wählenden Klageart heute überwiegend die Meinung herausgebildet hat, daß die Klage des Nachbarn nach Erteilung der Baugenehmigung als Anfechtungsklage angesehen werden muß, bestehen jedoch große Meinungsverschiedenheiten darüber, ob der vorläufige Rechtsschutz mit der durch Widerspruch und Anfechtungsklage eintretenden aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 VwGO oder mit der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, die auf die Sistierung des Bauvorhabens gerichtet ist, zu realisieren ist.¹⁾

Dabei werden heute im wesentlichen drei Ansichten im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertreten:

Der Anfechtungsklage des Nachbarn gegen eine dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung könne keine aufschiebende Wirkung zukommen, da es sich bei der Baugenehmigung um einen sogenannten vollzugsunfähigen Verwaltungsakt handle, zu dessen Verwirklichung Vollzugsmaßnahmen der Behörde weder notwendig noch denkbar seien.²⁾ Da aber nach der herrschenden An-

1) Vgl. Bender: Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, in NJW 1966 S. 1989 ff.

2) So Fromm: Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung? in BB 1962/985 ff.; derselbe in DVBl. 1962 S. 801 ff. (802): Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht; Bernhardt, a.a.O. S. 308; Löwer in DVBl. 1963, 343; Janicki in NJW 1963, 838; vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei Peters: Der Dritte im Baurecht, in DÖV 1965 S. 744 ff. (750)

sicht³⁾ die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage in der Hemmung des Vollzuges des Verwaltungsaktes bestehe, scheide die Anwendung des Suspensiveffektes auf vollzugsunfähige Verwaltungsakte begrifflich aus. Es sei dem Bauherrn völlig freigestellt, von seiner Baugenehmigung Gebrauch zu machen und die Behörde habe es nicht in der Hand, die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 1 Ziff. 4 VwGO anzuordnen, da rechtsgestaltende Verwaltungsakte "die Vollziehung gleichsam in sich tragen" würden.⁴⁾ Eine Realisierung des vorläufigen Rechtsschutzes könne somit nur über das Institut der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO erfolgen.

Diese vorstehende Ansicht legt den Begriff der Vollziehung in § 80 VwGO im engen Sinn aus und versteht darunter immer nur ein behördliches Handeln, das auf die Verwirklichung des Inhaltes eines Verwaltungsaktes gerichtet ist.⁵⁾ Der VGH Kassel vertritt ebenfalls in ständiger Rechtsprechung⁶⁾ die Auffassung, daß eine aufschiebende Wirkung nur gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO bei vollziehbaren Verwaltungsakten eintreten könne. Da nach Ansicht des Gerichts, allerdings ohne nähere Begründung, die Baugenehmigung weder ein vollziehbarer noch ein rechtsgestaltender, sondern nur ein feststellender Verwaltungsakt ist, bestehe kein Grund, die aufschiebende Wirkung über den Wortlaut des § 80 Abs. 1 VwGO hinaus auch auf

3) Vgl. BVerwG in NJW 1962, S. 602 ff.

4) So Kammer in DVBl. 1953, 612; OVG Münster, Beschluß v. 8.2.56 in OVG E Bd. 10, 302.

5) Vgl. dazu Bender, a.a.O. S. 1990; Quaritsch a.a.O. S. 227 Anm. 79 und die dort aufgeführte Rechtsprechung.

6) Beschluß v. 12.7.1966 in NJW 1966, 2183 ff.; Beschluß v. 15.1.1964 in DÖV 1964, 783.

feststellende Verwaltungsakte auszudehnen.⁷⁾

Dagegen will die zweite Ansicht, die auch das Wesen der aufschiebenden Wirkung in der Hemmung des Vollzuges eines Verwaltungsaktes sieht, durch eine "Neuorientierung des Vollzugsbegriffes" zu einer Anwendung der aufschiebenden Wirkung bei der Anfechtungsklage des Nachbarn kommen.⁸⁾

Danach soll auf Grund der Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes, insbesondere wegen des Ausschließungsverhältnisses von aufschiebender Wirkung nach § 80 VwGO und einstweiliger Anordnung nach § 123 VwGO, im Hinblick auf die Garantierung umfassenden und lückenlosen Rechtsschutzes die Vollziehung im Sinne des § 80 VwGO als eine "Vollziehung im weiteren Sinne" angesehen werden.⁹⁾ Eine Neuorientierung des Vollziehungsbegriffes sei notwendig, da nach der Systematik des Gesetzes die Anfechtungsklage auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten aufschiebende Wirkung habe, eine behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Ziff.4 VwGO wegen der fehlenden Vollziehbarkeit der Baugenehmigung jedoch ausscheide und auch eine richterliche Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO wegen des noch bestehenden Suspensiv-effektes nicht in Betracht kommen könne. Auch eine einstweilige Anordnung sei in diesem Fall wegen der

7) Vgl. die Anmerkung von Weidemann in NJW 1967/124.

8) Vgl. Heintze: Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten in NJW 1963 S.1430 ff.(1432) im Anschluß an Quaritsch, a.a.O.S.227.

9) Vgl. die Definition von Quaritsch a.a.O.S.227, danach ist unter Vollziehung zu verstehen: "Vollziehung im Sinne von § 80 VwGO heißt, den Inhalt des Verwaltungsaktes zu verwirklichen, sei es durch tatsächliches Handeln der Behörde a quo oder des Adressaten, sei es durch Anerkennung und Vollzug der durch ihn geschaffenen Rechtslage."

Bestimmung des § 123 Abs.5 VwGO ausgeschlossen, da § 123 VwGO nicht für die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfes gelte. Daher müsse zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse der Vollziehungsbegriff extensiv interpretiert werden.¹⁰⁾

Nach der dritten Ansicht schließlich besteht die aufschiebende Wirkung nicht in der Hemmung des Vollzuges, sondern in der vorläufigen Hemmung der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes.¹¹⁾ Diese Meinung will die im Gesetz normierte Anordnung der sofortigen Vollziehung und die Aussetzung des Vollzuges als die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung im Sinne der Wirksamkeitshemmung und als die Anordnung der aufschiebenden Wirkung verstanden sehen.¹²⁾

Auch wenn die beiden letzten Meinungen von anderen Voraussetzungen ausgehen, so stimmen die Vertreter des weiteren Vollziehungsbegriffes und der Wirksamkeitshemmung im Ergebnis darin überein, daß dem Widerspruch und der Anfechtungsklage des Nachbarn eine aufschiebende Wirkung zukommt und demnach die

10) So Quaritsch, a.a.O.S.225. Diese Ansicht vertreten auch: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit Anm.I. 3 zu § 80 VwGO; Ruckdäschel, a.a.O. S.676; Heintzke, a.a.O.S.1432; Jung: Die Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse in NJW 1961/159 ff. (160); Bender, a.a.O.S.1990 Anm.11, der das Ergebnis "aus Gründen der Praktikabilität" für zutreffend hält.

11) So Schäfer: Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung? in DVBl. 1962/844(849); Siegmund-Schultze: Die Bedeutung des Suspensiveffektes bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, in DVBl.1963/755 ff.(751); Eyermann-Fröhler, VwGO Anm.2 b Rdnr.4 zu § 80; De Clerck: Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, in DÖV 1964/152.

12) So Siegmund-Schultze, a.a.O.S.751.

Regelung des § 80 VwGO Anwendung findet, die einstweilige Anordnung in diesem Rahmen jedoch ausgeschlossen bleibt.

2. Die Vereinbarkeit der Meinungen mit dem Inhalt der gesetzlichen Regelung des § 80 VwGO.

Auch nach der Einführung der Verwaltungsgerichtsordnung mit der Klarstellung in § 80 Abs.1 S.2, daß bei Widerspruch und Anfechtungsklage auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten der Suspensiv-effekt eintritt, ist die Frage offen geblieben, ob die aufschiebende Wirkung gegenüber allen anfechtbaren Verwaltungsakten eintreten kann, oder ob bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten eine aufschiebende Wirkung begrifflich ausgeschlossen ist, da bei ihnen ein Vollzug durch die Behörde nicht möglich ist. Die Ursache ist darin zu sehen, daß das Gesetz nichts darüber aussagt, worin der Suspensiv-effekt besteht und was unter der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 oder ihrer Aussetzung nach Abs. 4 zu verstehen ist. So stellt sich auch noch heute, trotz der ausdrücklichen Regelung des § 80 Abs.1 S.2 VwGO, bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten die Frage nach dem Inhalt und der Bedeutung des Suspensiveffektes.

Der Ansicht des OVG Kassel¹³⁾, die Baugenehmigung sei kein rechtsgestaltender Verwaltungsakt, sondern beinhalte nur die Feststellung, daß dem Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Hindernisse nicht entgegenständen und daher wegen des reinen Feststellungscharakters eine Anwendung des § 80 VwGO abzulehnen sei, kann nicht gefolgt werden. Für eine Baugeneh-

13) A.a.O. S.2184.

migung, die ohne einen Dispens erteilt worden ist, trifft die rechtliche Qualifizierung des Verwaltungsaktes zu. Handelt es sich jedoch um eine mit einem Dispens erteilte Genehmigung, mit der das materielle Baurecht zu Gunsten eines Einzelfalles abgeändert wird - nur dieser Fall ist, wie dargelegt, für die Nachbarklage relevant - , so ist es zumindest fraglich, ob eine solche Genehmigung nicht rechtsgestaltenden Charakter haben kann.¹⁴⁾ Eine mit einem Dispens erteilte Baugenehmigung gestaltet die Rechtslage durch eine Abänderung des öffentlichen Baurechts zu Gunsten des Antragstellers. Insoweit ist die Baugenehmigung als rechtsgestaltender Verwaltungsakt anzusehen.

Auch wenn man in jedem Fall die Baugenehmigung als feststellenden Verwaltungsakt ansieht, kann daraus nicht gefolgert werden, daß eine Anwendung des Suspensiveffektes nach § 80 VwGO ausgeschlossen ist. Die Begründung des Gerichtes, es bestehe kein Grund, die aufschiebende Wirkung über den Wortlaut des § 80 Abs. 1 VwGO hinaus auch auf feststellende Verwaltungsakte auszudehnen, ist nicht überzeugend. Denn aus § 80 Abs. 1 VwGO kann nicht entnommen werden, daß eine aufschiebende Wirkung nur bei solchen Verwaltungsakten eintritt, die zu ihrer Wirksamkeit vollzogen werden müssen. Das Gesetz macht auch hinsichtlich der rechtsgestaltenden Verwaltungsakte in Abs. 1 S. 2 davon keine konstitutive Ausnahme. Diese Regelung dient lediglich der Klarstellung, daß § 80 VwGO auch für rechtsgestaltende Verwaltungsakte gilt. Vielmehr tritt auch bei feststellen-

¹⁴⁾ Das OVG Kassel begnügt sich jedoch ohne nähere Begründung mit der Feststellung, daß die Genehmigung kein rechtsgestaltender Verwaltungsakt sei; vgl. dazu die kritische Anmerkung von Weidemann, in NJW 1967/124 f.

den Verwaltungsakten die aufschiebende Wirkung ein.¹⁵
Gegen die Ansicht des VGH Kassel spricht auch die
Praxis der Baugenehmigungsbehörden, die vereinzelt
die Baugenehmigung für sofort vollziehbar erklären.¹⁶

Entgegen der Ansicht des VGH Kassel muß also davon
ausgegangen werden, daß die Streitfrage im Rahmen
des § 80 VwGO, worin die aufschiebende Wirkung von
Widerspruch und Anfechtungsklage besteht, eine un-
mittelbare Auswirkung auf die Baugenehmigung hat
sei sie mit oder auch ohne Dispens erteilt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerich-
tes¹⁷ bezieht sich die aufschiebende Wirkung nicht
auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, sondern
nur auf seine Vollziehbarkeit. Als Begründung dafür
werden die Vorschriften des § 80 Abs. 1 und Abs. 2
Ziff. 4 VwGO herangezogen. Danach habe die Behörde
die Möglichkeit der vorläufigen Ausschaltung des
Suspensiveffektes. Dazu sei aber nicht die erneute
Wiederherstellung der Wirksamkeit des Verwaltungs-
aktes, sondern nur die Anordnung seiner Vollziehung
erforderlich. Ebenso müsse die Aussetzung des Voll-
zuges und die aufschiebende Wirkung von Widerspruch
und Anfechtungsklage gedanklich gleichgesetzt wer-
den. Denn würde man die aufschiebende Wirkung auf
die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ausdehnen, so
hätte es der vom Verwaltungsakt Betroffene in der
Hand, die Rechtsfolgen durch Einlegung der Rechts-

¹⁵ Vgl. Eyermann-Eröhler: VwGO Rdnr. 23 zu § 80
Ule a.a.O. Anm. I. 1 e zu § 80 VwGO; Schmuck-De-
lbeck, VwGO Anm. 2e zu § 80; Siegmund-Schultze:
a.a.O. S. 748 Anm. 31 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶ Vgl. Simon: Baugenehmigung und sofortiger Voll-
zug, in BayVBl. 1966/267; Weidemann, a.a.O. S. 124

¹⁷ BVerwG E.v. 21.6.1961 in NJW 1961/602ff. (604);
Beschuß v. 7.9.62 in DÖV 62/795.

behelfe bis zur rechtlichen Erledigung zu verhindern.

Folgt man der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes, so kann der Anfechtungsklage des Bauherrn nur dann eine aufschiebende Wirkung zukommen, wenn man den Begriff der Vollziehung als "Vollziehung im weiteren Sinne" interpretiert. Da das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluß vom 22.11.1965¹⁸⁾ ausdrücklich den Eintritt der aufschiebenden Wirkung im Falle der Nachbarklage bejaht hat, muß davon ausgegangen werden, daß es die Vollziehung auch als "Vollziehung im weiteren Sinne" ansieht.¹⁹⁾

Es ist allerdings fraglich, ob eine solche Neuorientierung des Vollziehungsbegriffes bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, gemessen an der rechtlichen Ausgestaltung des Suspensiveffektes, notwendig erscheint, um zu einer Anwendung des § 80 VwGO zu kommen.²⁰⁾ Gemäß § 80 Abs.1 S. 2 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten aufschiebende Wirkung. Da aber bei diesen Verwaltungsakten eine behördliche Vollziehung nicht möglich ist, weil die rechtsgestaltende Wirkung unmittelbar mit dem Erlaß eintritt, kann die aufschiebende Wirkung nicht als Vollziehungsverbot verstanden werden. Insoweit steht die Ansicht, die in der aufschiebenden Wirkung nur ein Vollziehungsverbot im herkömmlichen Sinne sieht, im Widerspruch zur ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, da § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO schlechthin von

18) BVerwG, Beschluß v.22.11.1965 in BayVBl.1966. 279; DVBl.1966/273 f.

19) Vgl. auch BVerwG v.9.9.1960 in NJW 1961 S.90 (91), wo als Vollziehung i.S. des § 80 Abs.5 S.3 VwGO auch die freiwillige Vollziehung des rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes durch den Betroffenen angesehen wird.

20) Vgl. Schäfer, a.a.O. S. 848.

rechtsgestaltenden Verwaltungsakten spricht und nicht darauf abstellt, ob sie einer behördlichen Vollziehung fähig sind oder nicht.²¹⁾

Verdeutlicht wird dies durch die amtliche Begründung des Entwurfes der Verwaltungsgerichtsordnung,²²⁾ wonach jeder Verwaltungsakt von der aufschiebenden Wirkung erfaßt werden soll, "gleichgültig, ob er eines besonderen Vollzuges bedarf oder nicht, wenn er nur begrifflich einer aufschiebenden Wirkung fähig ist." Daraus ergibt sich, daß es auf die bloße Möglichkeit eines Vollzuges nicht ankommen kann.²³⁾ Bei rechtsgestaltenden und auch feststellenden Verwaltungsakten kann die aufschiebende Wirkung nur in der Hemmung der Wirksamkeit, nicht dagegen in der Hemmung der Vollziehung, bestehen.²⁴⁾

Auch der Hinweis auf die Möglichkeit der sofortigen Ausschaltung des Suspensiveffektes nach § 80 Abs.2 Ziff. 4 VwGO, wo ausdrücklich von der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde gesprochen wird, kann nicht als Argument gegen die Hemmung der Wirksamkeit herangezogen werden. Insbesondere ergibt sich daraus nicht der Schluß, daß sich der Suspensiveffekt nur auf die Vollziehung des Verwaltungsaktes erstreckt. Rechtswirksamkeit und Vollzug eines Verwaltungsaktes stehen sich grundsätzlich als zwei inkommensurable Größen gegenüber. Die gesetzliche Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung läßt sich als Argument gegen die Wirksamkeitshemmung nur heranziehen, wenn man die Vollziehung als den grundlegenden Begriff ansieht und die aufschiebende Wirkung von der Vollziehung her defi-

21) Vgl. Lamberg: Der Widerspruch des Nachbarn im Bau-recht, in NJW 1963/2154.

22) Bundestags-Drucksache 55 3. Wahlp. S. 39 zu § 81 Entwurf VwGO.

23) De Clerck in DÖV 1964 152.

24) Siegmund-Schultze, a.a.O. 748.

niert. Diesen Weg ist das Bundesverwaltungsgericht offenbar gegangen, wenn es die Vollziehung und die aufschiebende Wirkung gedanklich gleichsetzt. Mit der gleichen Berechtigung kann man jedoch die aufschiebende Wirkung als den grundlegenden Begriff in § 80 VwGO ansehen und die Vollziehung dann an dem Suspensiveffekt ausrichten.

Der Einwand des Bundesverwaltungsgerichtes stützt sich im wesentlichen auf den Wortlaut des Gesetzes, der jedoch keinen Anhalt dafür zu geben vermag, daß der Gesetzgeber unter der aufschiebenden Wirkung nur die Hemmung der Vollziehung verstanden wissen wollte. Nach dem Regierungsentwurf enthält der § 80 VwGO (= § 81 Entwurf zur VwGO) nicht den Begriff der Vollziehung, sondern nur noch die Beseitigung und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.²⁵⁾ Letztlich wurde jedoch in Verkennung der auftretenden Problematik neben der Anordnung oder Wiederherstellung des Suspensiveffektes die behördliche Vollzugsanordnung und Vollzugsaussetzung eingeführt.²⁶⁾ Man wird jedoch trotz der aufgetretenen Inkonssequenzen bei der Formulierung der einzelnen Tatbestände im Hinblick auf die Regelung des § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO davon ausgehen müssen, daß der Gesetzgeber die Anordnung und Aussetzung der sofortigen Vollziehung als Beseitigung und Wiederherstellung der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes angesehen hat.²⁷⁾ Im übr.

25) Vgl. Quaritsch, a.a.O.S.224.

26) Vgl. Quaritsch, a.a.O.S.225 Anm.70;
Siegmund-Schultze S.748, Anm.39,40.

27) So auch die überwiegende Meinung im Zeitpunkt der Kodifizierung; Lang, Entscheidungsanmerkung zum Beschluß des Bay.VGH v. 7.7.1958 in BayVB1.1958/382;
Schattenfroh: Vorläufige Bauerlaubnis und Verwaltungsgerichtsgesetz, in BayVB1.1959/142;
Siegmund-Schultze, a.a.O.S.749.

gen ist es dem Gesetzgeber mit der Schaffung des § 80 VwGO in seiner heutigen Form nur darum gegangen, ohne eine ausdrückliche Erklärung der aufschiebenden Wirkung den vorläufigen Rechtsschutz des Klägers in praktischer Hinsicht zu gewährleisten.²⁸⁾

Auch der Hinweis auf die Folgen der Wirksamkeitshemmung, daß es der Betroffene in der Hand habe, "die Rechtsfolgen durch Widerspruch und Anfechtungsklage bis zur rechtlichen Erledigung hintanzuhalten," kann nicht als überzeugendes Argument gegen die Hemmung der Wirksamkeit herangezogen werden, steht doch auf der anderen Seite der Behörde durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung die Möglichkeit einer Aufhebung der aufschiebenden Wirkung zur Verfügung. Hier wird durch das Gesetz selbst ein Ventil geschaffen, um die ungerechtfertigte Ausnutzung des Suspensiveffektes durch den Betroffenen zu verhindern.²⁹⁾ Auch können die Verwaltungsgerichte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ablehnen, wenn öffentliche Interessen entgegenstehen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Auffassung, daß die aufschiebende Wirkung allein in der Hemmung der Vollziehung besteht, selbst nicht konsequent durchgeführt, wenn es ausführt,³⁰⁾ daß diese die Behörde verpflichte, "alle Maßnahmen zu unterlassen, die der Vollziehung des Verwaltungsaktes dienen, sofern diese Maßnahmen den Bestand und die Rechtmäßigkeit des ergangenen Verwaltungsaktes voraussetzen." Die Zulässigkeit des Vollzuges setzt die Wirksamkeit des

28) Vgl. Lamberg, a.a.O. S.2154; vgl. auch die amtll. Begründung zum Entwurf der VwGO, BT-Drucks.55 3.Wahlp.S.39 (abgedr. bei Koehler, Anm.A I,3 zu § 80 VwGO).

29) So auch Schäfer, a.a.O. S. 848.

30) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr.4 zu § 80.

Verwaltungsaktes voraus. Diese Rechtswirksamkeit wird durch die aufschiebende Wirkung vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichtes gehemmt. Wie auch sollte dem Bauherrn bei einer im strengen Sinne nicht vollziehbaren Baugenehmigung das Gebrauchmachen von dieser Genehmigung verwehrt werden, wenn durch den Suspensiveffekt ihre Rechtswirksamkeit nicht berührt wird.

Für eine Neuorientierung des Vollziehungsbegriffes besteht demnach keine Notwendigkeit, bedeutet sie doch im Endergebnis nur eine Gleichstellung von Rechtswirksamkeit und Vollzug eines Verwaltungsaktes.³¹⁾ Trotz der verschiedenen dogmatischen Ausgangspunkte wird die Anwendung des § 80 VwGO mit allen Tatbeständen auf rechtsgestaltende Verwaltungsakte, also auch auf die mit einem Dispens gewährte Baugenehmigung, von beiden Ansichten bejaht

3. Der Umfang der aufschiebenden Wirkung

Über die Frage nach dem Inhalt und Wesen der aufschiebenden Wirkung hinaus taucht bei der Anfechtung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung das Problem auf, ob die aufschiebende Wirkung nur im Verhältnis Baubehörde - Betroffener oder auch gegenüber dem begünstigten Bauherrn eintritt. Dabei stehen sich in der Rechtsprechung und Literatur die sogenannte weitere Auffassung,³²⁾ die den Eintritt des Suspen-

31) Vgl. Mang-Simon, Komm.Rdnr.19 zu Art.89 BayBO.

32) Mang-Simon, Komm.Rdnr.19 zu Art.89 BayBO;
Lamberg, a.a.O.S.2155; Heintze, a.a.O.S.1433;
Siegmund-Schultze, a.a.O.S.753; Schäfer, a.a.O.
S.849; De Clerck in DÖV 1964,153; Eyermann-
Fröhler, VwGO, Rdnr.11 zu § 80; Ule, a.a.O.
Anm.I,1 zu § 80 VwGO; Klinger, VwGO, Anm.B 4
zu § 80; OVG Lüneburg, Beschluß v. 12.12.1962
in DVBl.1963/335; BayVGH, Beschluß v. 13.3.1964

siveffektes gegenüber allen Beteiligten bejaht und die sogenannte engere Auffassung,³³⁾ die den Suspensiveffekt nicht auf den begünstigten Bauherrn ausdehnen will, gegenüber.

Nach der engeren Auffassung soll die aufschiebende Wirkung bei der Anfechtung rechtsgestaltender Verwaltungsakte mit Drittwirkung gegenüber dem Bauherrn deshalb entfallen, weil sich der Rechtsbehelf nicht gegen den richte, der den Verwaltungsakt vollziehen könne. Der Adressat von Widerspruch und Anfechtungsklage sei jedoch immer nur die Verwaltungsbehörde. Auch wenn man vom weiteren Vollziehungsbegriff ausginge, könnten die Rechtsbehelfe des Nachbarn gegenüber dem begünstigten Bauherrn keine Wirkungen zeigen, da es nur der Begünstigte in der Hand habe, den Verwaltungsakt zu vollziehen.³⁴⁾ Auch trete mangels verfahrensrechtlicher Vorschriften die aufschiebende Wirkung durch Einlegung der Rechtsbehelfe beim Begünstigten nicht ein, da der Widerspruch des Nachbarn, dem Bauherrn, der am Widerspruchsverfahren nicht zu beteiligen sei, nicht zugestellt würde. Erst nach rechtskräftiger Entscheidung könne eine Bindung des Bauherrn, wenn dieser im Prozeß beigeladen worden sei, eintreten.

in GewArch 1964/262 (zitiert nach Peters a.a.O.)
BVerwG, Beschl. v. 22.11.1965 in DVBl. 1966/273.

33) Fromm in BB S. 986; derselbe in DVBl. 1963/565, Anmerkung zu dem Beschluß des OVG Lüneburg v. 12.12.1962; Schröer: Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage in DÖV 1966/228 ff. (229) unter Hinweis auf Meyer in NJW 64/710; De Clerck in NJW 1961/2233 f. (2234); VGH Kassel Beschluß v. 12.7.1966 in NJW 1967/124; Redeker-von Oertzen, VwGO Rdnr. 1,8 zu § 80; Koehler, VwGO Anm. II 1,7. III 5 zu § 80.

34) So Fromm, a.a.O. S. 986; VGH Kassel, Beschluß v. 30.6.1961 (zitiert nach Hannsen in NJW 64/2037. Anm. 26).

Darüber hinaus würde es der Aufgabe des Suspensiv-effektes widersprechen, wenn auch die in dem angefochtenen Verwaltungsakt enthaltenen Begünstigungen von der aufschiebenden Wirkung erfaßt würden.³⁵⁾ Da ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung in zwei sich entsprechende selbständige Teile zerlegt werden könne und dieser im Grunde eine belastende und eine begünstigende Entscheidung enthalte, "verstehe es sich von selbst, daß der Widerspruch des Nachbarn gegen die Baugenehmigung nur im Verhältnis zu ihm und der Baugenehmigungsbehörde eine aufschiebende Wirkung auslösen könne."³⁶⁾ Eine Realisierung des vorläufigen Rechtsschutzes sei daher nur im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO möglich.

Bei der Untersuchung des Umfanges der aufschiebenden Wirkung ergeben sich die gleichen Schwierigkeiten, wie bei der Beurteilung des Anfechtungsrechtes des Dritten bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung. Die Verwaltungsgerichtsordnung hat auch hier keine ausdrückliche Regelung geschaffen, so daß eine gesetzliche Lücke vorliegt, die nur durch die Anwendung der bestehenden verwaltungsgerichtlichen Grundsätze geschlossen werden kann. Dabei ergibt sich, daß das Fehlen einer gesetzlichen Regelung, insbesondere hinsichtlich der Zustellung des Widerspruches und der Anfechtungsklage an den begünstigten Bauherrn, für die Ablehnung des Suspensiveffektes nicht ausreicht. Gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung, wobei der Suspensiveffekt durch die Einlegung

35) De Clerck, a.a.O. S.2234.

36) So Schröer, a.a.O.S.229, der jedoch gleichzeitig feststellt, daß der Dispens "nur einer einheitlichen Betrachtung unterliegen könne."

der Rechtsbehelfe unmittelbar eintritt, also nicht von weiteren Maßnahmen des Klägers oder der beklagten Verwaltungsbehörde abhängig gemacht ist. Bejaht man die Zulässigkeit der Nachbarklage als Anfechtungsklage,³⁷⁾ so müssen auch folgerichtig die im Gesetz normierten Auswirkungen in Kauf genommen werden, es sei denn, daß die Anwendung dieser Regelungen bei Verwaltungsakten mit Drittwirkungen zu untragbaren Widersprüchen führen würde.³⁸⁾

Vordringliche Aufgabe der aufschiebenden Wirkung ist es, den betroffenen Bürger bis zur rechtskräftigen Entscheidung vor dem Folgen und Auswirkungen eines belastenden Verwaltungsaktes zu schützen. Insoweit kann bei einer nur begünstigenden hoheitlichen Maßnahme auf den Suspensiveffekt verzichtet werden.³⁹⁾ Die aufschiebende Wirkung soll also lediglich die Schmälerung einer bestehenden Rechtsposition, wenn ein Rechtsbehelf eingelegt ist, verhindern. Dieser Grundsatz kann jedoch nicht für den Fall Geltung besitzen, daß durch einen Verwaltungsakt ein Beteiligter begünstigt, ein anderer aber belastet wird, und der Verwaltungsakt nur mit einem Rechtsbehelf angegriffen wird. Die enge inhaltliche Verbindung und Wechselseitigkeit von Belastung und Begünstigung macht es erforderlich, daß auch die Begünstigung an dem rechtlichen Schicksal der Bela-

37) Davon gehen auch diejenigen aus, die eine Erstreckung der aufschiebenden Wirkung auf den Bauherrn ablehnen. Gelzer, Ule und das OVG Münster kommen aus anderen Gründen zu einer Anwendung des § 123 VwGO.

38) Vgl. die gewerberechtliche Entscheidung des VGH Stuttgart, Beschluß v. 8.3.1955 in VerwRspr.Bd.8, 480 ff. (481).

39) Eyermann-Fröhler, VwGO Anm. 4 a zu § 80.

stung teilnimmt.⁴⁰⁾ Nur wenn davon ausgegangen werden kann, daß die Begünstigung auch ohne die Belastung erteilt worden wäre, die gegensätzlichen Auswirkungen demnach in keinem korrespondierenden Zusammenhang stehen, bleibt der wegen der auftretenden Beschwerden angefochtene Verwaltungsakt hinsichtlich des begünstigenden Teiles wirksam.⁴¹⁾

Bei der mit einem Dispens von nachbarschützenden Baurechtsnormen erteilten Baugenehmigung resultiert die Begünstigung des Bauherrn jedoch aus der Belastung des Nachbarn. Die Begünstigung ist ohne die Belastung nicht denkbar. Ein Schutz des Nachbarn kann für diesen Fall nur gewährleistet werden, wenn dem Bauherrn für die Dauer des Anfechtungsverfahrens vorläufig untersagt wird, von seiner Begünstigung Gebrauch zu machen. Es besteht also zwischen den verschiedenen Wirkungen der Baugenehmigung ein untrennbarer Zusammenhang, der eine gleich rechtliche Behandlung erfordert und auch rechtfertigt.⁴²⁾

Daher kann es auch nicht darauf ankommen, daß nicht der Bauherr, sondern die Verwaltungsbehörde Adressat des Rechtsbehelfes ist.⁴³⁾ Man wird jedoch wegen des automatisch eintretenden Suspensiveffektes die Pflicht der Behörde bejahen müssen, auch ohne gesetzliche Regelung den Bauherrn von dem Widerspruch des Nachbarn gegen die erteilte Baugenehmigung zu

40) Insoweit geht Schröder, in DÖV 66/229, bei der vollständigen Trennung der gegensätzlichen Auswirkungen eines Verwaltungsaktes von falschen Voraussetzungen aus.

41) Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 10 zu § 80; De Clerck in NJW 61/2234 und DÖV 1964 152, 153.

42) Entgegen OVG Kassel, Fromm, Schröder, a.a.O. auch Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit Anm. I 1 a zu § 80 VwGO; Redeker-von Oertzen, VwGO Anm. 4 zu § 80; Schäfer, a.a.O. S. 849.

43) So auch Heintze, a.a.O. S. 1433.

unterrichten, wie auch auf der anderen Seite dem Nachbarn Kenntnis von der dispensierten Genehmigung gegeben werden soll, damit diese ihm gegenüber wirksam werden kann.⁴⁴⁾ Insoweit ist die Lage des Bauherrn im Widerspruchsverfahren mit der des Nachbarn bei Erteilung der Baugenehmigung vergleichbar.⁴⁵⁾

Gegen die von Fromm und Schröer⁴⁶⁾ geforderte Anwendung des § 123 VwGO sprechen noch weitere Bedenken, die sich aus den unterschiedlichen Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung gegenüber dem Suspensiveffekt ergeben. Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und die damit verbundene Effektivität des Rechtsschutzes kann man die Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes mit der einstweiligen Anordnung nur vertreten, wenn der Betroffene auf diesem Wege nicht schlechter gestellt ist als mit der Regelung des Suspensiveffektes. Das ist jedoch, gemessen an den Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung, zu verneinen. Während der Suspensiveffekt unmittelbar mit der Erhebung von Widerspruch und Anfechtungsklage eintritt, muß im Gegensatz dazu der Antragsteller bei der einstweiligen Anordnung das Vorliegen eines für den Erlaß erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses dartun.⁴⁷⁾

44) Vgl. dazu die Bestimmungen der einzelnen Baugesetze, insbesondere Art. 89 Abs. 3 BayBO; § 87 Abs. 3 BauONW; § 78 Abs. 2 LBO Rh.-Pf.; Art. 99 Abs. 9 BayBO, wonach mit der Bauausführung erst bei Unanfechtbarkeit der Genehmigung begonnen werden darf; vgl. Bender, a.a.O.S. 99 mit weiteren Nachweisen.

45) So Siegmund-Schultze a.a.O.S. 753.

46) Vgl. Fußnoten 34 und 36 d.K.

47) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 17, 18 zu § 123; Schrödter, Komm. zum BBauG Anm. 4. Rdnr. 6 zu § 31 BBauG.

Seine Stellung ist also für diesen Fall ungleich schwächer. Weiterhin trägt er die Beweislast für das Vorliegen der Tatsachen, die seinen Anspruch tragen. Beantragt er jedoch bei Gericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO, so muß die Behörde die Umstände darlegen, die zu einer Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO geführt haben. Die Sonderregelung des § 80 VwGO für Anfechtungsklagen ist in jedem Fall für den Nachbarn günstiger und weit mehr zur Realisierung des vorläufigen Rechtsschutzes geeignet, als eine Abwicklung über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß der vorläufige Rechtsschutz bei Anfechtungsklagen auch dann für alle Beteiligten nur einheitlich abgewickelt werden kann, wenn es sich um Verwaltungsakte mit Drittwirkung handelt. Es besteht kein zwingender Anlaß, bei einem Teil von Anfechtungsklagen die Sonderregelung des § 80 VwGO außer acht zu lassen und mit der einstweiligen Anordnung als Ersatz der aufschiebenden Wirkung zu arbeiten, um den Rechtsschutz des anfechtenden Nachbarn zu gewährleisten. Der vorläufige Rechtsschutz bei Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte mit Drittwirkung erfährt über § 80 VwGO eine sachgerechtere Lösung als über die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO.⁴⁸⁾

48) So auch Schäfer, a.a.O.S.849; Für die Praxis hat die Entscheidung des BVerwG v. 22.11.1965. in DVBl.1966/273, in der der Eintritt eines uneingeschränkten Suspensiveffektes bei der Nachbarklage bejaht wird, eine eindeutige Grundlage geschaffen.

4. Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung bei
unzulässigen Rechtsbehelfen

Nach der überwiegenden Meinung⁴⁹⁾ tritt der Suspensiveffekt des § 80 VwGO auch dann ein, wenn der Rechtsbehelf des Nachbarn unzulässig ist. Dagegen wollen Eyermann-Fröhler⁵⁰⁾ dem Widerspruch und der Anfechtungsklage nur bei Zulässigkeit der eingelegten Rechtsbehelfe eine aufschiebende Wirkung zukommen lassen. Zur Begründung wird aufgeführt, daß anderenfalls auch einem wegen Fristversäumnis unzulässigen Rechtsbehelf eine aufschiebende Wirkung zukommen müsse, da die einzelnen Unzulässigkeitsgründe keine unterschiedliche Behandlung erfahren könnten.⁵¹⁾ Da die aufschiebende Wirkung jedoch bei unanfechtbaren Verwaltungsakten begrifflich ausgeschlossen sei, sei der Eintritt des Suspensiveffektes bei allen unzulässigen Rechtsbehelfen zu verneinen, wobei die auftretende Unsicherheit bei der Beurteilung der Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfes hingenommen werden müsse.

Gegen diese Auffassung sprechen jedoch im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes durchgreifende Bedenken.⁵²⁾

49) Mang-Simon, Komm.Rdnr. 19 zu Art. 89 BayBO; Ule, a.a.O. Anm. A I 1 a zu § 80 VwGO; Klinger, Anm. B 2 zu § 80 VwGO; Wilhelm: Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe nur bei Zulässigkeit? in BayVBl. 1965/199; Kratzer in BayVBl. 60/165; Schäfer a.a.O. S. 849; BVerwG v. 21.6.61 in NJW 1962/602 (174).

50) Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 14 zu § 80; Löwer: Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung (§ 80 I VwGO)? in DVBl. 1963/343 ff. 348

51) Eyermann-Fröhler, a.a.O.

52) Vgl. Schäfer, a.a.O.; Mang-Simon, a.a.O.

Der Gesetzgeber geht in § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO von der allgemeinen Feststellung aus, daß Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Ein Hinweis, daß nur zulässigen Rechtsbehelfen der Suspensiveffekt zukommen soll, fehlt im Gesetz. Vielmehr deutet das Wort "nur" in der Ausnahmeregelung des Absatzes 2 darauf hin, daß die Voraussetzungen für ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung in Absatz 2 erschöpfend und abschließend geregelt sind. Die Zulassung weiterer Ausnahmegründe über den Rahmen des § 80 Abs. 2 VwGO hinaus, würde eine unzulässige Erweiterung einer abschließenden gesetzlichen Regelung darstellen.⁵³⁾

Die Behandlung unzulässiger Rechtsbehelfe führt, ebenso wie die Prüfung der Begründetheit einer Klage, zu einer gerichtlichen Entscheidung, wobei im ersten Fall ein Prozeßurteil und im zweiten Fall ein Sachurteil ergeht. Über die Ordnungsmäßigkeit und Zulässigkeit der Klage entscheidet letztlich allein das Gericht, so daß es nicht angeht, vorweg der Verwaltungsbehörde die Befugnis einzuräumen, zu beurteilen, ob die aufschiebende Wirkung eingetreten ist oder nicht, da diese Feststellung incidenter auch eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsbehelfes darstellt. Es besteht kein besonderer Anlaß, bei unzulässigen Rechtsbehelfen dem Kläger den vorläufigen Rechtsschutz zu verweigern. Vielmehr würde es dem rechtsstaatlichen Grundsatz, als deren Ausfluß der vorläufige Rechtsschutz anzusehen ist, widersprechen, den Schutz bei unzulässigen Rechtsbehelfen zu versagen. Der Eintritt des Suspensiveffektes ist nach dem Willen des Gesetzgebers als eine unmittelbare Folge des Rechtsbehelfes anzusehen, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob

53) Vgl. Wilhelm in BayVBl. 1965/199 ff. (200).

der Rechtsbehelf unzulässig ist oder nicht, insbesondere kann sein Eintritt nicht von dem Ausgang eines Streites über die Zulässigkeit der Klage abhängig gemacht werden.⁵⁴⁾

Daraus ergeben sich auch für das Baurecht, entgegen der Ansicht von Löwer,⁵⁵⁾ keine untragbaren Konsequenzen, insbesondere nicht die Notwendigkeit, daß bei einer offensichtlichen Unzulässigkeit der Nachbarklage der Suspensiveffekt nicht eintreten soll. Abgesehen davon, daß ein nur gradmäßiger Unterschied der Unzulässigkeit noch keine andere rechtliche Behandlung notwendig machen kann,⁵⁶⁾ - insoweit tauchen gerade bei der vermittelnden Meinung, die die Unzulässigkeitsfälle verschieden behandeln will, die von Eyermann-Fröhler⁵⁷⁾ geltend gemachten Schwierigkeiten auf - , steht zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse der Verwaltungsbehörde in jedem Fall die Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO zur Verfügung, die sie bei der offensichtlichen Unzulässigkeit ohne Risiko ergreifen kann. Auf diesem Wege kann auch bei einer willkürlich oder leichtfertig erworbenen Nachbarklage der Bauherr, der an sich zur sofortigen Einstellung des Bauvorhabens verpflichtet wäre, vor großen finanziellen Einbußen bewahrt bleiben.⁵⁸⁾

54) So auch Ule, a.a.O.Anm. I, 1 a zu § 80 VwGO; Wöckel: Aufschiebende Wirkung unzulässiger Rechtsbehelfe nach den Verwaltungsgerichtsgesetzen, in BayVBl. 1958/108 ff.; OVG Lüneburg, Beschluß v. 19.5.1953 in E. Bd. 6/482; im Ergebnis auch das BVerwG in NJW 1962/602.

55) Löwer, a.a.O.S. 348; Redeker-von Oertzen, Komm. Anm. 9 a zu § 80 VwGO; Gelzer in DÖV 1965/795.

56) Wilhelm, a.a.O. S. 200.

57) Vgl. Fußnote 50 d.K.

58) Sellmann in NJW 1964/1547.

5. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Baugenehmigungsbehörde

Die Baugenehmigungsbehörde kann die sofortige Vollziehung der Baugenehmigung anordnen, wenn die Anordnung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten erscheint. Nach der hier vertretenen Ansicht, die die aufschiebende Wirkung in der Hemmung der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes sieht, wird durch die Anordnung diese vorläufige Hemmung in der Weise beseitigt, daß der Bauherr trotz eingelegter Rechtsbehelfe von seiner Genehmigung Gebrauch machen kann.⁵⁹⁾

Dem uneingeschränkten Eintritt der aufschiebenden Wirkung, auch gegenüber dem Bauherrn, bei der Anfechtungsklage des Nachbarn steht die Anordnung der sofortigen Vollziehung als das allein mögliche Regulativ zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse gegenüber.⁶⁰⁾ Die Baugenehmigungsbehörden haben allerdings in der Praxis bisher wenig Gebrauch von dieser Möglichkeit gemacht, da die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Anordnung keine eindeutigen Richtlinien herausgearbeitet hatte, so daß den Verwaltungsbehörden schon allein im Hinblick auf die gerichtliche Aufhebungsmöglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das Risiko einer Entscheidung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 viel-

59) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO Anm. 30, 31 zu § 80. Auch die Ansicht, die von der Vollziehungshemmung der aufschiebenden Wirkung ausgeht, kommt zu dem gleichen Ergebnis. Vgl. BVerwG in DVBl. 1966 273.

60) Simon in BayVBl. 1966 S. 268 mit dem Hinweis auf die Rspr. des BayVGh, der seine ablehnende Haltung stillschweigend aufgegeben hat; einschränkend Sellmann in NJW 1964 1547.

fach zu hoch erschien.⁶¹⁾ Diese Situation ist durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22.11.1965⁶²⁾ mit der Stellungnahme zu den Voraussetzungen der Anordnung der sofortigen Vollziehung weitgehend beseitigt worden.

Ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Baugenehmigung ist zu bejahen, wenn es sich bei dem geplanten Bauvorhaben um öffentliche Bauten, wie Schulen, Krankenhäuser und anderer, der Erledigung vordringlicher öffentlicher Aufgaben dienender Vorhaben handelt, für deren Einrichtung ein eminentes öffentliches Interesse besteht. Dabei ist jedoch nicht entscheidend, daß das öffentliche Interesse die Erteilung einer Baugenehmigung erfordert, vielmehr muß dieses Interesse gerade an der Vollziehbarkeit der dem Bauherrn erteilten Genehmigung bestehen.⁶³⁾ Reine Zweckmäßigkeitserwägungen reichen demnach für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht aus.

Ein öffentliches Interesse wird auch dann zu bejahen sein, wenn der gegen die Baugenehmigung eingelegte Rechtsbehelf offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist.⁶⁴⁾ Diese Rechtsbehelfe können zwar, wie dargelegt, nicht den Eintritt des Suspensiveffektes verhindern, geben aber den Verwaltungsbehörden die Möglichkeit, im öffentlichen Interesse die

61) Vgl. Simon, a.a.O.; VGH Mannheim in Bad.-Württ., VBl. 1965/77, 78 (zitiert nach Weidemann, a.a.O.

62) DVBl. 1966, 273 ff.

63) Vgl. dazu die Ausführungen des BVerwG a.a.O. zu der Frage, ob das allgemeine Bestehen eines öffentlichen Interesses am Bau von Garagen mit der damit verbundenen Entlastung des ruhenden Verkehrs für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ausreicht; Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 28 zu § 80.

64) Simon, a.a.O. S. 268.

sofortige Vollziehung anzuordnen.

Die Fälle, in denen im öffentlichen Interesse, von Amts wegen oder auf Antrag des betroffenen Erlaubnisempfängers die Anordnung der sofortigen Vollziehung geboten erscheinen, bilden die Minderzahl im Verhältnis zu den Entscheidungen, ob im überwiegenden Interesse eines Beteiligten die sofortige Vollziehung anzuordnen ist. In der Regel hat sich die Baugenehmigungsbehörde damit auseinanderzusetzen, ob trotz eines zu erwartenden oder bereits eingelegten Widerspruches des Nachbarn einseitig das Interesse des Bauherrn an der sofortigen Bauausführung zu bejahen ist.

Zu der Entscheidung dieser Frage stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, daß zwischen der Anordnung der sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse und der im überwiegenden Interesse eines Beteiligten ein wesensmäßiger Unterschied bestehe. Im ersten Fall sei wegen des vom Rechtsstaatsgedanken her gebotenen Schutzes des Einzelnen gegenüber der Übermacht des Staates im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG "eine sofortige Vollziehung nur in den engen und strengen Grenzen des § 80 Abs. 2 Ziff. 4 1. Alternative zuzulassen"⁶⁵⁾. Demgegenüber würde in der zweiten Alternative dieser Rechtsschutzgedanke zurücktreten, da hier die Anordnung der sofortigen Vollziehung mehr schiedsrichterlichen Charakter habe, wobei die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen seien.

Daraus ergibt sich nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes für die Beurteilung der Rechtslage folgender Grundsatz:

"Ein überwiegendes Interesse eines Beteiligten ist

65) BVerwG, z. B. in BayVBl. 1966/279.

nur dann zu bejahen, wenn das eingelegte Rechtsmittel mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erfolglos bleiben wird und zugleich dem begünstigten Beteiligten gegenüber eine Fortdauer der aufschiebenden Wirkung unbillig erscheinen muß. Denn es liegt auf der Hand, daß es in der Regel unbillig ist, einem Bauwilligen die Nutzung seines Eigentums durch den Gebrauch einer ihm erteilten Baugenehmigung zu verwehren, wenn die Behörde nach sorgfältiger Prüfung der Erfolgsaussichten einer vom Nachbarn angestrenzten Anfechtungsklage zu dem Ergebnis kommt, die Klage sei sachlich nicht gerechtfertigt und müsse letzten Endes erfolglos bleiben " .

Es obliegt also der Verwaltungsbehörde, sorgfältig an Hand dieser Grundsätze zu prüfen, ob ein überwiegendes Interesse des Bauherrn an der sofortigen Vollziehung gegeben ist. Dabei kann sie, wenn im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von nachbarschützenden Normen dispensiert worden ist und Zweifel über den Ausgang einer Anfechtungsklage des betroffenen Nachbarn bestehen, von einer Anordnung der sofortigen Vollziehung absehen, da dem begünstigten Bauherrn ein Rechtsanspruch auf eine solche Anordnung nicht zusteht. Bei den Voraussetzungen der sofortigen Vollziehung handelt es sich um eine Rechtsentscheidung. Wird diese bejaht, setzt die Ermessensausübung der Behörde ein.⁶⁶⁾ Die Behörde muß sich bei ihrer Entscheidung gegen etwaige Folgenbeseitigungsansprüche, die sich bei Erfolg der Anfechtungsklage ergeben können, absichern, sei es,

66) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdnr. 28 zu § 80; Koehler, VwGO, Anm. B IV 3,4 zu § 80; Simon, a.a.O.S. 268 mit Hinweis auf die entgegenstehende Meinung von Löwer: Suspensiveffekt und Vollzugsanordnung in DÖV 1965 829 ff. (830).

daß sie die sofortige Vollziehung ablehnt, oder aber die Vollziehung nur anordnet, wenn der Bauherr eine sogenannte Risiko- und Verzichtserklärung abgibt. Durch diese verpflichtet sich der Bauherr, das Vorhaben auf eigenes Risiko auszuführen und im Falle der Stattgabe der Anfechtungsklage das bereits ausgeführte Bauvorhaben zu beseitigen oder aber dem geschädigten Nachbarn Schadenersatz zu leisten.

Diese Sicherung kann die Verwaltungsbehörde im Rahmen der Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens und gerade auch im Hinblick auf eine gerichtliche Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO vornehmen. Dabei ist es nicht erforderlich, daß der Bauherr einen Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung stellt. Die Anordnung kann auch schon mit Erteilung der Baugenehmigung erlassen werden, wenn aus den Gesamtumständen des Genehmigungsverfahrens ersichtlich ist, daß ein Widerspruch seitens des Nachbarn zu erwarten ist.⁶⁷⁾

Aus diesen Gesichtspunkten ergibt sich, daß eine elastische Handhabung der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Baugenehmigungsbehörde ein Ausgleich zwischen dem unmittelbar durch Erhebung von Widerspruch und Anfechtungsklage eingetretenen Suspensiveffekt und dem Schutzgebot gegenüber dem Bauherrn vor offensichtlich sachlich unberechtigten und unzulässigen Rechtsbehelfen gewährleistet.⁶⁸⁾ Mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes⁶⁹⁾ ist der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit

67) So Simon, a.a.O. S. 269.

68) Vgl. auch die Möglichkeit einer Teilbaugenehmigung nach Art. 93 BayBO, die ebenfalls geeignet ist, die Abwicklung des Bauvorhabens zu beschleunigen.

69) BVerwG, a.a.O.

gegeben, die divergierenden Interessen der einzelnen Beteiligten durch Sofortmaßnahmen auszugleichen, da nunmehr an die Anordnung der sofortigen Vollziehung im überwiegenden Interesse eines Beteiligten nicht so strenge Anforderungen zu stellen sind, wie sie von Lehre und Rechtsprechung vor der zitierten Entscheidung gefordert wurden.⁷⁰⁾

6. Die Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes

Dem durchaus berechtigten Interesse des Bauherrn an der schnellen Durchführung seines genehmigten Bauvorhabens steht das Bestreben des betroffenen Nachbarn gegenüber, daß die mit dem Eintritt der aufschiebenden Wirkung eingetretene Sistierung der Bauausführung auch eingehalten und nicht durch eigenmächtiges Handeln des Bauherrn ein Zustand geschaffen wird, der nachfolgend gar nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten beseitigt werden kann.

Daher ergibt sich das Problem, wie die Beachtung und Sicherung des mit der Erhebung von Widerspruch und Anfechtungsklage unmittelbar eintretenden Suspensiv-effektes erzwungen werden kann.

Hat die Baubehörde nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Genehmigung besonders angeordnet, so kann sie auf Antrag oder von Amts wegen nach § 80 Abs. 4 VwGO die Vollziehung aussetzen, wenn erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen.⁷¹⁾ Ergibt

70) Vgl. Redeker-von Oertzen, VwGO Rdnr. 16 zu § 80.

71) Eyermann-Fröhler, VwGO Fdnr. 35 zu § 80;
Redeker-von Oertzen, VwGO Rdnr. 31 zu § 80.

eine summarische Prüfung nach Einlegung des Widerspruchs, daß "der Erfolg des Rechtsmittels im Hauptverfahren mindestens ebenso wahrscheinlich ist wie der Mißerfolg"⁷²⁾, so kann die Verwaltungsbehörde die aufschiebende Wirkung wiederherstellen mit der Folge, daß dem Bauherrn eine Weiterführung seines Bauvorhabens verwehrt ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ist für eine Aussetzung der Vollziehung jedoch nur dann Raum, wenn die aufschiebende Wirkung vorher nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 ausgeschlossen worden ist.

Da aber, wie schon dargelegt, im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens nur gelegentlich von der Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung Gebrauch gemacht wird, erhebt sich die Frage, ob die Verwaltungsbehörde die Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO auch dann aussetzen kann, wenn sie nicht vorher die sofortige Vollziehung besonders angeordnet hat. Eine entsprechende Anwendung des § 80 Abs. 4 VwGO ist jedoch aus folgenden Gründen für diese Situation zu bejahen:

Im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO hat es die Verwaltungsbehörde nachfolgend noch in der Hand, die sofortige Vollziehung der Genehmigung anzuordnen, um sie dann gleich aus den vorstehenden Gründen wieder auszusetzen. Auf diesen formalen Umweg muß aber verzichtet werden können.⁷³⁾ Daraus ist zu entnehmen, daß die Behörde auch in diesem Fall nach § 80 Abs. 4 VwGO vorgehen kann, ist sie doch von Amts wegen schon verpflich-

72) So OVG Münster Urt.v.29.7.1960 in DÖV 1960/914.

73) So Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr.34 zu § 80; De Clerck in DÖV 1964/154; Mangels: Die Aufhebung des rechtswidrigen Vollzuges angefochtener Verwaltungsakte in NJW 1961/351 ff.(352).

tet, durch eine Rechtsentscheidung den Vollzug aufzuheben, wenn sie zu dem Ergebnis kommt, daß die Baugenehmigung rechtswidrig ist. Aus prozeßökonomischen und rechtsstaatlichen Gründen⁷⁴⁾ muß daher eine Aussetzungsmöglichkeit der Verwaltungsbehörde bejaht werden, auch wenn eine Anordnung der sofortigen Vollziehung vorher nicht erfolgt ist.

Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen dem betroffenen Nachbarn aber zu Gebote, wenn sowohl die Verwaltungsbehörde als auch der begünstigte Bauherr die Einhaltung des Suspensiveffektes mißachten und der Bauherr ohne die Anordnung der sofortigen Vollziehung unter stillschweigender Duldung der Behörde von der Baugenehmigung Gebrauch macht?

Die Ansichten über die Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes sind geteilt. Es geht dabei hauptsächlich um die Frage, ob die Einhaltung des Suspensiveffektes durch den Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu erzwingen ist oder dieser nach § 80 Abs. 5 VwGO vom Gericht wiederherzustellen ist.⁷⁵⁾ Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO setzt jedoch voraus, daß der Suspensiveffekt nicht mehr besteht, die Behörde also von der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 Gebrauch gemacht hat. Die Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist denkgesetzlich nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO vorliegen.⁷⁶⁾ Eine aufschiebende Wirkung, die noch besteht, kann nicht nachfolgend durch das Gericht wieder ganz oder teilweise angeordnet werden.

74) So Eyermann-Fröhler, a.a.O.

75) Vgl. auch Mang-Simon, Komm. Rdnr. 19 zu Art. 89 BayBO.

76) Vgl. Schäfer, a.a.O. S. 849; Mangels, a.a.O. S. 352; De Clerck in DÖV 64, 153; Heintze, a.a.O. S. 1433 Anm. 37.

Nur durch die Annahme einer stillschweigenden Vollziehungsanordnung, die in der Übergabe der Baugenehmigung an den Bauherrn oder in der stillschweigenden Duldung der Bauausführung durch die Verwaltungsbehörde liegen soll,⁷⁷⁾ könnte eine Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO gerechtfertigt sein. Eine solche weite Interpretation der Vollziehungsanordnung scheidet jedoch im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes aus. Nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 und Abs. 3 VwGO ist die Vollziehung "besonders" anzuordnen und von der Verwaltungsbehörde zu begründen. Diese vor Einführung der Verwaltungsgerichtsordnung im Hinblick auf § 51 Abs. 1 der VO 165 aufgetretene Problematik hat durch den Gesetzgeber selbst eine abschließende Lösung erfahren. Demnach muß davon ausgegangen werden, daß die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nur zulässig und begrifflich möglich ist, wenn die Verwaltungsbehörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form vorgenommen hat oder sie zumindest so vornehmen wollte.⁷⁸⁾

Auch dem Lösungsvorschlag des Verwaltungsgerichtshofes Mannheim⁷⁹⁾ kann nicht gefolgt werden. Danach soll trotz fehlender Anordnung nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschie-

77) So OVG Lüneburg (Bausenat) Urt.v.13.10.1958, OVG Bd.13, 492(494); VG Hannover v. 21.8.1959 (zitiert nach Heintze, a.a.O.S.1433).

78) Vgl. VG Braunschweig 17.10.1961 in DVBl. 1962, 229; De Clerck in NJW 1961/2234; OVG Lüneburg (Gewerbesenat) Beschluß v. 12.12.1962 in DVBl. 1963, 335; Heintze, a.a.O.; Schäfer, a.a.O.; Mangels, a.a.O. S.352.

79) Beschluß v. 18.4.1961 in NJW 1961, 1172 mit Anmerkung von v.Oertzen; vgl. dazu die Kritik von Schäfer, a.a.O. S. 850.

benden Wirkung zulässig sein, da mit einem solchen Antrag auch ein Verfahrensverstoß bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung gerügt werden könne. Es stelle nur einen graduellen Unterschied dar, ob gerügt werde, daß die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit verfahrensrechtlichen Mängeln behaftet sei oder ob sie überhaupt unterblieben sei.

Diese Gleichstellung kann jedoch im Hinblick auf § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nicht überzeugen. Ein Rechtsbehelf gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nicht gegeben.⁸⁰⁾ Die Möglichkeit der Wiederherstellung des Suspensiveffektes durch das Gericht nimmt diese Funktion wahr. Insoweit kann der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO als ein "spezieller Rechtsbehelf"⁸¹⁾ gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung, nicht aber gegen die Durchführung der Vollziehung angesehen werden. Fehlt eine solche Anordnung, so muß der Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ins Leere gehen, während bei einer nur fehlerhaften Anordnung das Gericht die Möglichkeit der Wiederherstellung des Suspensiveffektes hat.

So sehr auch in dogmatischer Hinsicht das Bedürfnis bestehen mag, die Sicherung des Rechtsschutzes und seine Durchsetzung bei Widerspruch und Anfechtungsklage nur über § 80 VwGO abzuwickeln, muß eine Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO jedoch in den Fällen verneint werden, in denen die Verwaltungsbehörde den sofortigen Vollzug der Baugenehmigung nicht ausdrücklich angeordnet hat.⁸²⁾

80) Vgl. Ule, a.a.O. Anm. I, 3 zu § 80 VwGO S.277.

81) Schäfer, a.a.O. S. 850.

82) Zu dem gleichen Ergebnis kommen: VG Braunschweig, a.a.O.; Peters in DÖV 1965/751; Schäfer, a.a.O.; De Clerck, a.a.O.; Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdnr. 42 zu § 80.

Zu untersuchen ist, ob die Sicherung der aufschiebenden Wirkung nicht über § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO mit der Aufhebung des Vollzuges durch das Gericht erreicht werden kann. Nach Heintze⁸³⁾ soll die wegen der Unanwendbarkeit des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO auftretende Lücke im Rechtsschutz des Anfechtungsberechtigten durch eine selbständige Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO geschlossen werden, um einer bestehenden aufschiebenden Wirkung Wirksamkeit zu verschaffen. Mangels⁸⁴⁾ hingegen hält auch zu diesem Fall eine Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO für ausgeschlossen, da sich der Satz 3 erkennbar ebenso wie der Satz 1 nur auf den Fall beziehe, daß die Verwaltungsbehörde nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO die sofortige Vollziehung angeordnet habe. Dem Satz 3 könne darüber hinaus keine selbständige Bedeutung zukommen.

Während die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nur bedeutet, daß die Wirksamkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes gehemmt wird, verpflichtet die Anordnung der Aufhebung der Vollziehung die Behörde darüber hinaus zu einer Leistung. Diese Vorschrift ist auf die Beseitigung des Vollzuges eines durch besondere Anordnung der Behörde für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsaktes zugeschnitten.⁸⁵⁾ Das Gericht wird hierdurch über die Aufhebung der sofortigen Vollziehung hinaus ermächtigt, die Behörde zur Beseitigung des durch die Vollziehung entstandenen Zustandes zu verpflichten. Die Anordnung nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO dient dem Rechtsschutz des Anfech-

83) Heintze, a.a.O. S. 1434; Lamberg, a.a.O. S. 2155; dagegen Mangels, a.a.O. S. 352.

84) Mangels, a.a.O.; Bender, a.a.O. S. 1992.

85) BVerwG Beschluß v. 9.9.1960 in NJW 1961 90.

tungsberechtigten vor Eintritt des Suspensiveffektes oder seiner Wiederherstellung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO⁸⁶⁾. Es werden dadurch also nur in der Vergangenheit liegende Tatbestände erfaßt, die, wenn die Möglichkeit noch besteht, hinsichtlich ihrer Folgen rückgängig gemacht werden sollen. Daraus ergibt sich, daß eine Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO ausschieden muß, wenn der Suspensiveffekt nicht durch eine sofortige Vollziehungsanordnung der Behörde aufgehoben worden ist. Die Sicherung des Suspensiveffektes wird durch diese Vorschrift nur erfaßt, wenn er durch eine Anordnung des Gerichtes nach Absatz 5 S. 1 wiederhergestellt worden ist. Für die in der Zwischenzeit eingetretene Vollziehung besteht nach Satz 3 die Möglichkeit, den bereits erfolgten Vollzug aufzuheben, um den Rechtsschutz des Anfechtungsberechtigten zu gewährleisten.⁸⁷⁾

Hat der Nachbar gegen die Erteilung einer dispensierten Baugenehmigung Widerspruch eingelegt, die Behörde jedoch nach § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO die sofortige Vollziehung angeordnet und der Bauherr daraufhin mit dem Baugrubenaushub und der Fundamentierung begonnen, so kann das Gericht nach Wiederher-

86) So Quaritsch, a.a.O. S. 228 f.

87) Vgl. dazu das Beispiel von Siegmund-Schultze, a.a.O. S. 752: Hat die Behörde einen Gewerbebetrieb untersagt und die durch die Anfechtung eingetretene aufschiebende Wirkung beseitigt und daraufhin betriebliche Geräte in Verwahrung genommen, dann ergibt sich aus der Wiederherstellung des Suspensiveffektes durch das Gericht nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO noch nicht die Verpflichtung, der Behörde die Geräte wieder herauszugeben. Hier ist eine Anordnung des Gerichtes nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO erforderlich. So werden durch das Gericht die Folgen beseitigt, die sich aus der zeitweisen Aufhebung des Suspensiveffektes ergeben haben.

stellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO darüber hinaus die Beseitigung der ausgeführten Arbeiten nach Satz 3 anordnen. Dieser Fall zeigt, daß die Sistierung der Bauarbeiten durch die Wiederherstellung des Suspensiv-effektes, nicht aber durch die Aufhebung der Vollziehung, erreicht wird. Will man jedoch dem § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO Aufgabe und Bedeutung des Absatzes 5 S. 1 beimessen,⁸⁸⁾ so sind auch dessen Voraussetzungen zu fordern.

Die Durchsetzung des vorläufigen Rechtsschutzes kann für den Fall, daß die sofortige Vollziehung nicht vorher angeordnet worden ist, nur mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 5 VwGO, wonach die einstweilige Anordnung nicht bei der Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsaktes oder zur Beseitigung des Suspensiv-effektes der Anfechtungsklage herangezogen werden darf, in diesem Fall nicht entgegen, da die einstweilige Anordnung gerade der Verwirklichung der aufschiebenden Wirkung dienen soll. Da, wie sich gezeigt hat, die Regelung des § 80 VwGO keine ausreichende normative Grundlage bildet, kann die Regelung des § 123 Abs. 5 VwGO nicht entgegenstehen. Diese Vorschrift will nur klarstellen, daß der § 80 VwGO als die spezielle Regelung für angefochtene Verwaltungsakte allein den Rechtsschutz gewährt, freilich nur unter der Bedingung, daß sie ihn auch gewähren kann.

88) So aber Heintze, a.a.O. S. 1434; wobei seiner Ansicht, daß die Einstellung der Bauarbeiten nur ein "minus" gegenüber der Aufhebung des Vollzuges darstelle, aus vorstehenden Gründen nicht gefolgt werden kann.

Weiterhin bestehen auch praktische Bedenken gegen den Vorschlag, die sofortige Einstellung der Bauarbeiten über § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmen. Duldet die Baugenehmigungsbehörde ohne eine einstweilige Anordnung der sofortigen Vollziehung die unter Mißachtung des bestehenden Suspensiveffektes vorgenommene Bauausführung, so bedarf es eines schnellen und wirksamen Schutzes. Da aber ein Beschluß nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht zu den gerichtlichen Maßnahmen gehört, die nach § 172 VwGO mit einem entsprechenden Zwangsgeld gegen die Genehmigungsbehörde durchgesetzt werden können, fehlt es dem Nachbarn an einem Vollstreckungstitel, um die Einstellung der Bauarbeiten schnell erzwingen zu können.⁸⁹⁾ Die Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO wirkt nur rechtsgestaltend und würde seinen verfahrensrechtlichen Wesensgehalt verlieren, wollte man ihn als einen vollzugsfähigen Leistungsbefehl an die Behörde ansehen.⁹⁰⁾ Es besteht demnach selbst dann die Notwendigkeit, dem Nachbarn mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung Schutz zu gewähren, wenn das Gericht die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde beseitigt und die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO wiederhergestellt hat, die Verwaltungsbehörde jedoch nicht umgehend die Einstellung der Bauarbeiten erzwingt.⁹¹⁾

Aus diesen Gründen ergibt sich, daß bei der Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes des anfechtenden Nachbarn darauf abgestellt werden muß, ob die Baugenehmigungsbehörde die sofortige Vollziehung der Baubaulaubnis angeordnet hat oder nicht. Liegen die Voraus-

89) Vgl. De Clerck, a.a.O.154; Schäfer, a.a.O.S.850; Peters, a.a.O.S.751; Bender, a.a.O. S. 1992.

90) Vgl. die eingehende Begründung des OVG Koblenz, Beschluß v. 26.2.1965 in NJW 1965/881 ff.(882).

91) So auch Schäfer, a.a.O.S.850; De Clerck in DÖV 1964, 154.

setzungen des § 80 Abs. 2 Ziff. 4 VwGO vor, so kann das Gericht nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung wiederherstellen mit der Folge, daß die Weiterführung der Bauarbeiten zu unterlassen ist. Duldet jedoch die Behörde weiterhin die Ausführung des Bauvorhabens, so kann der Nachbar gegen die Baugenehmigungsbehörde mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO vorgehen.

Eine Anordnung der Aufhebung der Vollziehung nach § 80 Abs. 5 S. 3 VwGO, wonach die bereits ausgeführten Bauarbeiten wieder zu beseitigen sind, wird das Gericht nur in den seltensten Fällen erlassen, wenn eine eindeutige Rechtslage zugunsten des Nachbarn eine solche Entscheidung rechtfertigen und das Rechtsschutzbedürfnis des Anfechtenden diese über die Einstellung der Bauausführung hinausgehende Maßnahme erfordern würde.

Hat die Baugenehmigungsbehörde dagegen die sofortige Vollziehung nicht angeordnet, muß eine Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO ausschälen, so daß die Durchsetzung des vorläufigen Rechtsschutzes nur mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung erreicht werden kann. Für den Nachbarn hat diese unterschiedliche Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes hinsichtlich der Formulierung seines Antrages keine praktische Bedeutung, da die Verwaltungsgerichte den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung oder auf die Wiederherstellung des Suspensiveffektes je nach den Erfordernissen der Rechtslage umdeuten.⁹²⁾

92) Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 3 zu § 123, im Anschluß an BVwG v. 11.5.1959 in DVBl. 1959, 663; Mangels, a.a.O. S. 353; Bender in NJW 1966, 1993.

7. Die einstweilige Anordnung zur Einstellung der Bauausführung

Bei dem Widerspruch und der Anfechtungsklage des Nachbarn gegenüber der Verwaltungsbehörde, die eine ihn beeinträchtigende Baugenehmigung erteilt hat, bestehen unmittelbare Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Kläger und der beklagten Behörde. Jedoch ist sowohl im verwaltungsgerichtlichen Hauptverfahren als auch in einem Verfahren nach § 123 VwGO der Bauherr regelmäßig nach § 65 VwGO beizuladen, da seine rechtlichen Interessen als begünstigter Bauherr durch die Entscheidung berührt werden.⁹³⁾ Aus dieser besonderen Rechtsstellung des Bauherrn im Verwaltungsprozeß folgert Pietzonka,⁹⁴⁾ durch die Beiladung des Bauherrn werde zwischen den drei Prozeßbeteiligten ein prozeßrechtliches Verhältnis geschaffen, in dessen Rahmen dem Gericht die Möglichkeit gegeben sei, eine einstweilige Anordnung auch unmittelbar gegenüber dem Bauherrn zu erlassen, auch wenn eine direkte unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Bauherrn und dem Nachbarn nicht bestehen würde.

Ebenso hält De Clerck⁹⁵⁾ den Erlaß einer einstweiligen Anordnung auch gegenüber dem Begünstigten für zulässig, da schon durch die unter Befreiung von nachbarschützenden Normen erfolgte Erteilung der Baugenehmigung ein öffentliches Rechtsverhältnis zwischen allen Beteiligten entstanden sei, das den Er-

93) Vgl. BGH, Urt.v.7.11.1961 in DVBl.62/217;
Pietzonka in BBauBl.1958.68 ff.

94) Pietzonka. a.a.O.S. 69.

95) In DÖV 1964/154, ihm folgend Peters, a.a.O.751;
vgl. auch Schröer in DÖV 1966/231, der eine
Klage des Nachbarn direkt gegen den Bauherrn
zulassen will und sich daher auch für eine An-
ordnung unmittelbar gegen den Bauherrn aus-
spricht.

laß der einstweiligen Anordnung auch gegenüber dem Bauherrn erlaube.

Aus der rechtlichen Stellung des Beigeladenen im Anfechtungsprozeß läßt sich jedoch der Erlaß der einstweiligen Abordnung auch gegenüber dem Bauherrn nicht rechtfertigen.⁹⁶⁾ Prozeß- und Antragsgegner ist allein die Baugenehmigungsbehörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Die Zulässigkeit eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung auch gegenüber dem Bauherrn würde das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Anspruches des Nachbarn voraussetzen, kraft dessen der Bauherrn gegenüber dem Antragsteller verpflichtet wäre, die Bauarbeiten einzustellen. Ein solcher Anspruch besteht jedoch nicht gegenüber dem Bauherrn, der lediglich von der ihm erteilten Genehmigung Gebrauch macht, sondern nur gegenüber der Behörde, die mit der Erteilung der Genehmigung die rechtliche Grundlage für die Errichtung des Bauwerkes geschaffen hat.⁹⁷⁾ Zwar wird der Bauherr durch den Erlaß der einstweiligen Anordnung und der sich anschließenden Maßnahme der Behörde betroffen, als Gegner und Adressat der Anordnung kann er jedoch nicht angesehen werden.⁹⁸⁾ Durch die Beiladung des Bauherrn wird dieser nicht in die Rolle des Gegners in dem Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO gestellt. Die Beiladung soll den Interessen des Beigeladenen dienen und ihm die Möglichkeit eröffnen, einen Einfluß auf das Verfahren auszuüben, um eine Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung durch die Entscheidung zu verhindern, wobei er nicht Partei

96) Vgl. Sellmann in DVBl. 1963/282.

97) Bender in NJW 1966/1993 Anm.28 mit weiteren Nachweisen; OVG Koblenz in NJW 61/1597; Hess VGH in NJW 1953/200.

98) So auch BGH in DVBl. 1962/217; a.A. Redeker in der kritischen Anmerkung zu vorstehendem Urteil in DVBl. 62/220.

wird, sondern Dritter in einem fremden Rechtsstreit bleibt.⁹⁹⁾ Da gegen den Beigeladenen nicht entschieden werden kann, ist auch der Erlaß einer einstweiligen Anordnung unmittelbar gegen ihn, gerichtet auf die Einstellung der Bauarbeiten, unmöglich.

Auch für den Fall der notwendigen Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO, die nur erfolgt, um die Urteilstwirkung auf den Dritten erstrecken zu können, ist die Verwaltungsbehörde der alleinige Prozeß- und Antragsgegner. Insbesondere kann aus der Tatsache, daß das verwaltungsgerichtliche Urteil bei Unterlassung einer notwendigen Beiladung wirkungslos bleibt, nicht der Schluß gezogen werden, daß der notwendig Beigeladene auch als eine Art Prozeßgegner zu werten sei.¹⁰⁰⁾

Die einstweilige Anordnung kann sich nur gegen die beklagte Behörde richten, die dem Bauherrn dann die Fortführung der Bauarbeiten zu unterlegen hat und das Verbot mit den geeigneten Mitteln durchsetzen kann. Es bedarf demnach einer Umsetzung der gerichtlichen Anordnung durch die Verwaltungsbehörde.¹⁰¹⁾ Entgegen der Ansicht von Pietzonka¹⁰²⁾ ergibt sich auch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG keine Notwendigkeit, den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gegenüber dem Beigeladenen zuzulassen, da die Behörde ebenso wirksam wie das Gericht den vorläufigen Rechtsschutz herstellen kann und muß, wenn das Gericht eine einstweilige Anordnung ihr gegenüber erlassen hat.

99) OVG Münster, Beschluß v. 18.2.1954 in VersRspr 6 Nr.150 S.638; Eyermann-Fröhler, VwGO Anm. 1 zu § 65; Obermayer in Jus 1963 112, 1 Sp.

100) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, RdNr.26,30 zu § 65.

101) So Bender, a.a.O.S. 1993 Anm. 28.

102) Pietzonka, a.a.O.

Für den Erlaß einer einstweiligen Anordnung muß ein Rechtsschutzbedürfnis des Nachbarn zu bejahen sein. Nur wenn Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung der Rechte des Nachbarn vereitelt oder wesentlich erschwert werden könne, kann das Gericht gegenüber der Verwaltungsbehörde eine Entscheidung dahingehend erlassen, daß dem Bauherrn die Fortsetzung der Bauarbeiten zu untersagen ist. Da dieses Ziel aber mit der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht erreicht werden kann, ist ein Rechtsschutzbedürfnis des Nachbarn zu bejahen.¹⁰³⁾

Mit dem Institut der einstweiligen Anordnung soll jedoch nur eine einstweilige Regelung getroffen werden. Das Gericht wird daher, um einer endgültigen Entscheidung nicht vorzugreifen, im Hinblick auf die Erfolgsaussichten des Hauptverfahrens¹⁰⁴⁾ nur solche Maßnahmen anordnen, die geeignet sind, weitere Eingriffe in die Rechtsposition des Nachbarn bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu verhindern. Die Anordnung nach § 123 VwGO räumt dem Antragsteller dann nur die Rechte ein, die sich aus der Beachtung des Suspensiveffektes der Anfechtungsklage ergeben würden. Im übrigen hat das Gericht bei der Beurteilung der Rechtslage von den gleichen Gesichtspunkten auszugehen, die auch bei der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO zu beachten sind. Denn auch bei der Realisierung des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO darf der Bauherr nicht schlechter als bei der Anordnung nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt werden. Da der praktische Unterschied zwischen bei-

¹⁰³⁾ Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdnr. 9, 18 zu § 123.

¹⁰⁴⁾ Vgl. Quaritsch, a.a.O.S. 370; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Erlaß II, 1 zu § 80 VwGO.

den Maßnahmen gering ist, müssen in beiden Fällen bei den Voraussetzungen die gleichen Maßstäbe angelegt werden.¹⁰⁵⁾ In der Regel werden daher die Maßnahmen des Gerichtes, sowohl im Falle des § 80 Abs. 5 VwGO als auch bei § 123 VwGO, nicht über die bloße Sicherung des "status quo" hinausgehen. Insbesondere wird der Erlaß einer einstweiligen Anordnung dann abzulehnen sein, wenn die Anfechtungsklage des Nachbarn als offenkundig aussichtslos anzusehen ist.¹⁰⁶⁾

8. Die Schadenstragung nach rechtskräftiger Ablehnung der Klage

Ein bei der Durchführung der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage auftretendes Problem bildet die Frage, wer nach rechtskräftiger Abweisung der Klage den Schaden zu tragen hat, der dem Bauherrn durch die zeitweise Stilllegung der Bauarbeiten entstanden ist. Da es in der Regel bei der Ausführung von Bauarbeiten um beträchtliche Vermögenswerte geht und auch die vollständige Erledigung des Prozesses einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, können sich durch die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage beim Bauherrn Vermögenseinbußen ergeben, die in keinem Verhältnis zu der vom Kläger geltend gemachten Beeinträchtigung stehen.

Es ist daher versucht worden, dem Bauherrn bei einem Unterliegen des Nachbarn im Hauptverfahren einen vom Verschulden unabhängigen Schadensersatzanspruch zuzusprechen, den der Bauherr direkt gegen den Kläger geltend machen kann. Die Frage, unter welchen Vor-

¹⁰⁵⁾ Siegmund-Schultze, a.a.O. S. 752.

¹⁰⁶⁾ BayVGH v. 15.3.1961 in DVBl. 1961/416 ff.

aussetzungen dem Bauherrn ein solcher Anspruch zusteht oder zustehen könnte, kann keine einheitliche rechtliche Beurteilung erfahren, da es darauf ankommt, wie der vorläufige Rechtsschutz des anfechtenden Nachbarn abgewickelt worden ist.

Ist die Verzögerung des Bauvorhabens durch die Beachtung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage eingetreten und hat sich die Einhaltung des Suspensiveffektes ausschließlich nach der Regelung des § 80 VwGO abgewickelt, so können sich bei nachfolgender Abweisung der Klage keine Schadensersatzansprüche gegen den Nachbarn ergeben. Der Kläger hat lediglich von den ihm gesetzlich zu Gebote stehenden Rechtsbehelfen zur Wahrung seiner Interessen Gebrauch gemacht. Ein solches Verhalten schließt jedoch eine Schadensersatzpflicht aus, denn sonst würde jeder, der berechtigter Weise oder auch nur seiner Überzeugung nach von einem Rechtsbehelf Gebrauch macht, Gefahr laufen, schadensersatzpflichtig zu werden, wenn er im Hauptverfahren unterliegt. Ein solches Ergebnis würde jedoch dem Gedanken umfassenden Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG widersprechen.¹⁰⁷⁾ Ebenso scheidet eine analoge Anwendung der Vorschriften über die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO in Verbindung mit § 945 ZPO bei der Realisierung des Rechtsschutzes nach § 80 VwGO aus.¹⁰⁸⁾

In den Fällen, in denen die Durchführung des vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO erfolgt, wollen Redeker¹⁰⁹⁾ und Bettermann¹¹⁰⁾ dem Bauherrn einen Scha-

¹⁰⁷⁾ Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Rdnr. 62 zu § 80; BVerwG v. 21.2.1964 in MDR 1964/868.

¹⁰⁸⁾ BVerwG. a.a.O.

¹⁰⁹⁾ Redeker in DVBl. 1962/220 ff.

¹¹⁰⁾ Bettermann in JZ 1960/335 ff. (336 Anm. 6); Baumbach-Lauterbach, Komm. zur ZPO, Anm. 5 zu § 945; Bamberg, a.a.O. S. 2156.

den Schadensersatzanspruch gegenüber dem Nachbarn durch die Anwendung des § 945 ZPO, auf den in § 123 Abs. 3 i.V.G. ausdrücklich verwiesen wird, zuerkennen. Als Begründung dafür wird aufgeführt, daß Gegner im Sinne des § 945 ZPO auch der beigeladene Bauherr sei. Dieser Ansicht kann jedoch im Hinblick auf die rechtliche Stellung des Beigeladenen im Anfechtungsprozeß nicht gefolgt werden.¹¹¹⁾ Dem § 945 ZPO liegt der Rechtsgedanke zugrunde, daß derjenige, der mit einer gerichtlichen Entscheidung, die unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer noch vorzunehmenden weiteren sachlichen Prüfung ergangen ist, gegen seinen Prozeßgegner vorgeht, auch das Risiko tragen muß, diesem Schadensersatz zu leisten. Wenn sich nachträglich die Entscheidung als falsch erweist. Der Bauherr ist jedoch, wie dargelegt, ebensowenig Prozeßgegner wie Gegner der einstweiligen Anordnung, auch wenn er durch die Maßnahme des Gerichtes unmittelbar betroffen wird. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, daß derjenige, der durch die einstweilige Anordnung in seinen Rechten berührt wird, ohne Antragsgegner zu sein, nicht in den Genuß der besonderen Berechtigung nach § 945 ZPO kommt. Etwaige Schadensersatzansprüche könnten nur nach sonstigem Recht geltend gemacht werden.

Dieser Argumentation ist zuzustimmen. Insbesondere ist zu bedenken, daß das Gericht auch die Beiladung eines Dritten gegen den Willen des Anfechtenden veranlassen kann. Dadurch können unter Umständen Personen am Prozeß beteiligt werden, die nach der Vorstellung des Nachbarn nicht im Zusammenhang mit seiner Klage stehen. Durch eine Beiladung des Gerichtes wür-

111) So auch EGH, Urt.v.7.11.1961 in DVBl.1962/217ff. (218); Sellmann in DVBl.1965/344; derselbe in NJW 1964/1549; Bender in NJW 1966/1994 und Anm. 34.

de ihm demnach das Risiko einer Schadensersatzpflicht gegenüber solchen Dritten übertragen, an die er bei der Geltendmachung seines Abwehrrechtes nicht gedacht hat.

Darüber hinaus ergibt sich noch folgender Gesichtspunkt: Zur Schließung der auftretenden Lücke im vorläufigen Rechtsschutz, die sich daraus ergibt, daß sich sowohl der Bauherr als auch die Behörde über den Eintritt der aufschiebenden Wirkung hinwegsetzen, muß eine Anwendung des § 123 VwGO bejaht werden, da die Voraussetzungen des § 80 Abs. 5 VwGO, bei dem einhellig eine Schadensersatzpflicht nicht eintritt,¹¹² fehlen. Es besteht jedoch für diesen Fall kein zu rechtfertigender Anlaß, den Nachbarn dann einer Schadensersatzpflicht auszusetzen, wenn dem Bauherrn und der Behörde der Vorwurf gemacht werden muß, die gesetzliche Regelung des § 80 VwGO mißachtet zu haben. Insoweit müssen auch für diesen Fall die Gründe gelten, die im Rahmen des § 80 VwGO zu einer Ablehnung der Schadensersatzpflicht führen. Mögen auch praktische Gesichtspunkte für eine Bejahung der Schadensersatzpflicht gegeben sein - sicherlich würden dann viele leichtfertige und querulatorische Klagen nicht erhoben - , im Wege einer unzulässigen Ausweitung der Beiladung auf mittelbar betroffene Dritte kann eine Lösung nicht gefunden werden.¹¹³⁾

Eine Schadensersatzpflicht des Nachbarn gegenüber dem Bauherrn kann sich nur aus den allgemeinen Sch-

112) BVerwG. v. 21.2.64 in MDR 1964/868.

113) Peters, in DÖV 1965/752 geht davon aus, daß der Nachbar im Verwaltungsprozeß nicht besser gestellt zu werden brauche als bei gleichem Interessenkonflikt im Zivilprozeß. Dieser Gesichtspunkt kann jedoch wegen der besonderen prozessualen Ausgestaltung der Nachbarlage keine ausschlaggebende Bedeutung haben.

denersatzvorschriften ergeben, die ein Verschulden des Klägers voraussetzen.¹¹⁴⁾ So wird in Fällen, in denen der Nachbar aus reiner Schikane eine Verzögerung der Bauausführung betreibt, ein Verschulden anzunehmen sein. Abgesehen von einigen seltenen und eindeutigen Fällen wird der Nachweis eines vorsätzlichen und fahrlässigen schädigenden Verhaltens kaum gelingen, da sich der Nachbar immer auf sein gutes Recht berufen kann, sich gegen eine ihn beeinträchtigende Baugenehmigung auf dem gesetzlichen Wege zur Wehr setzen zu können.¹¹⁵⁾

Auch wird sich in der Regel keine Schadensersatzpflicht der Verwaltungsbehörde, die die Baueinstellung verfügt hat, nach § 839 BGB, Art. 34 GG, ergeben, da sie bei einer gerichtlichen Anordnung der Stillegung meistens gegen ihre eigene Überzeugung die Maßnahme ergreifen muß. Bei einer Abweisung der Nachbarklage wird die Behörde regelmäßig darauf hinweisen, daß sie die Einwendungen des Nachbarn von Anfang an für unbeachtlich gehalten habe. Eine Übernahmespflicht des dem Bauherrn durch die Einstellung der Bauarbeiten entstandenen Schadens besteht für die Verwaltungsbehörde nicht.

Das mit der Ausweitung und dem Ausbau des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes eintretende erhöhte Risiko des Bauherrn beim Gebrauchmachen von einer Baugenehmigung, die von nachbarschützenden Normen des öffentlichen Baurechts dispensiert, kann nicht über § 945 ZFO mit einer allgemeinen Schadensersatzpflicht bei Abweisung der Klage ausgeglichen werden. Insoweit trifft die Feststellung Gelzers¹¹⁶⁾

114) Als Anspruchsgrundlagen kommen §§ 823, 826 BGB in Betracht.

115) Vgl. dazu Sellmann in DVBl. 1963/283.

116) NJW 1959/1906.

zu, daß die um § 945 ZPO rankenden rechtlichen Probleme "in Kauf genommen" werden müßten. Auch hier wirkt es sich nachteilig aus, daß für die rechtliche Behandlung der Verwaltungsakte mit Drittwirkung eine gesetzliche Regelung im Verwaltungsprozeßrecht fehlt. Es ist jedoch zu bedenken, daß nicht einseitig das Interesse des Bauherrn in den Vordergrund gerückt werden darf, begehrt dieser doch mit dem Antrag auf Dispensierung eine über den allgemeinen Rahmen hinausgehende individuelle Vergünstigung, die es von sich aus schon rechtfertigt, daß der Bauherr mit dem Beginn der Bauausführung so lange zu warten hat, bis alle nachbarrechtlichen Schwierigkeiten beseitigt sind.

Auf der anderen Seite wird dem Interesse des Nachbarn an einem wirksamen und umfassenden Rechtsschutz gegen ihn beeinträchtigende Bauvorhaben mit den Rechtsbehelfen der Verwaltungsgerichtsordnung Genüge getan. Um die aus dem umfassenden Rechtsschutz des Nachbarn sich ergebenden Härten für den Bauherrn zu beseitigen, müssen die Verwaltungsbehörden verstärkt von der Anordnung der sofortigen Vollziehung Gebrauch machen. Nur auf diesem Wege kann ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Beteiligten gefunden werden. Durch eine elastische Handhabung dieser verfahrensrechtlichen Möglichkeit lassen sich weitgehend die Probleme um § 945 ZPO ausschalten, mögen in der Praxis¹¹⁷⁾ die Fälle auch häufiger sein, in denen der Bauherr vor mißbräuchlich eingelegten Rechtsbehelfen des Nachbarn zu schützen ist.

¹¹⁷⁾ Bender, a.a.O. S. 1991.

Kapitel IX

Die Klage auf Erlaß einer Abbruchsanordnung

1. Der Anspruch auf Beseitigung des illegalen Bauwerkes auf Grund sicherheitsrechtlicher Vorschriften

Der mit der Anfechtungsklage gegebene Rechtsschutz ist für den Nachbarn nur dann ausreichend, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung und nachfolgend während des Prozesses noch nicht mit der Bauausführung begonnen worden ist. Befindet sich das Bauvorhaben noch im Planungsstadium und wird dann festgestellt, daß die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung wegen eines Verstoßes gegen nachbarschützende Normen des öffentlichen Baurechts rechtswidrig ist, so wird der Bauherr durch das Anfechtungsurteil daran gehindert, mit der Bauausführung zu beginnen, da die rechtliche Grundlage weggefallen ist.

Ist jedoch im Zeitpunkt der Entscheidung das Bauwerk schon ganz oder teilweise erstellt, so erreicht der Nachbar wegen der rein kassatorischen Wirkung der Anfechtungsklage nur, daß das Bauwerk mit der Aufhebung der Baugenehmigung in einen Zustand "formeller und materieller Illegalität"¹⁾ versetzt wird. Ein Anspruch auf Abbruch des nun illegalen Bauwerkes kann aus dem mit der Anfechtungsklage erreichten Aufhebungsurteil nicht durchgesetzt werden. Denn es muß scharf zwischen dem mit der Anfechtungsklage verfolgbaren Abwehrensanspruch gegen rechtswidriges Tätigwerden der Verwaltungsbehörde und dem Leistungsan-

1) So Dörffler in NJW 1963/18.

spruch, der auf ein bestimmtes Tätigwerden der Verwaltungsbehörde gerichtet ist, unterschieden werden.²⁾

Damit stellt sich die Frage, auf welchem Wege der Nachbar die Beseitigung des baurechtswidrigen Zustandes erreichen kann, wenn seine Anfechtungsklage Erfolg gehabt hat und der baurechtswidrige Zustand nur durch einen vollständigen oder auch teilweisen Abbruch behoben werden kann.

Dafür können zwei Anspruchsgrundlagen in Frage kommen, einmal der Folgenbeseitigungsanspruch, der auf die Aufhebung des durch die Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes entstandenen Zustandes gerichtet ist, und zum anderen der Beseitigungsanspruch, aus dem sich ein positives Einschreiten der Baubehörde gegen baurechtswidrige Zustände zugunsten des geschützten Nachbarn ergeben kann.

Es ist jedoch bestritten, inwieweit die polizeilichen Generalklauseln und insbesondere die hier einschlägigen sicherheitsrechtlichen Ermächtigungsnormen des öffentlichen Baurechts, die den Baubehörden die Möglichkeit zum Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände geben, dem Nachbarn einen Individualanspruch auf Beseitigung des illegalen Bauwerkes geben können.³⁾

Nach Ansicht des OVG Lüneburg⁴⁾ hat der Nachbar einen im Klagewege verfolgbaren Anspruch auf Beseitigung des illegalen Bauwerkes. Das Gericht erkennt

2) Vgl. dazu Bachof: Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG v. 18.8.1960 in DVBl. 1961/128ff. (129).

3) Vgl. Obermayer in Jus 1963/112; Bachof, a.a.O. S. 128 ff.; Martens: Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln in Jus 1962/245; Dörffler, a.a.O. S. 18 Anm. 70; Bettermann in NJW 1961/1097 ff.; Buschlinger in DÖV 1965/375 mit weiteren Nachweisen.

4) OVG Lüneburg v. 22.3.1962, abgedr. in DÖV 1962/467ff. (469).

jedoch nur eine Folgenbeseitigungspflicht der Verwaltungsbehörde gegenüber dem verletzten Nachbarn an und lehnt einen Anspruch auf ein positives Einschreiten der Behörde gegen den Störer allein auf Grund sicherheitsrechtlicher Bestimmungen ab. Nur wenn die Baubehörde durch die Erteilung der Baugenehmigung und die Ausführung der Bauaufsicht für die Entstehung des rechtswidrigen Zustandes verantwortlich sei, könne ein mit der Verpflichtungsklage zu verfolgender Folgenbeseitigungsanspruch in Frage kommen. In allen anderen Fällen, in denen der Bauherr entweder ohne Baugenehmigung oder abweichend von der erteilten Baugenehmigung gebaut habe, müsse ein solcher Anspruch verneint werden, da die Verwaltungsbehörde am Zustandekommen des illegalen Zustandes nicht beteiligt gewesen sei.

Die Darlegungen des Gerichts mögen für die Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruches zutreffend sein, hinsichtlich der Verneinung eines sicherheitsrechtlichen Beseitigungsanspruches zugunsten des durch das illegale Bauwerk beeinträchtigten Nachbarn kann der Rechtsauffassung des Gerichtes nicht gefolgt werden.⁵⁾

Gemäß den Bestimmungen der einzelnen Bauordnungen⁶⁾ können die Verwaltungsbehörden die Einstellung der Ausführung beziehungsweise den Abbruch baurechtswidriger Anlagen anordnen. Diese auf Grund sicherheitsrechtlicher Ermächtigungen bestehenden Vorschriften erlauben den Verwaltungsbehörden, baurechtswidrige Zustände zu beseitigen, da eine unter Verstoß gegen öffentliche Baurechtsnormen erstellte

5) Mit der Entscheidung des Gerichts übereinstimmend: OVG Lüneburg in DVBl. 1960/648; OVG Münster in DQV 1955/92; OVG Lüneburg in DÖV 1963/769; Drews-Wacke, a.a.O.S. 75, 78; Bettermann in NJW 1961/1099.

6) Vgl. z.B.: Art. 99, 100 BayBO; § 76 BauO NRW; Art. 118 Abs. 1 Württ. BauO; § 92 LBO Rh.-Pf.

Anlage generell eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bedeutet.⁷⁾ Die Anordnung der Beseitigung liegt jedoch im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde. Allein die Tatsache, daß das Bauwerk baurechtswidrig ist, kann eine Verpflichtung der Baubehörde zum Einschreiten noch nicht begründen. Im Rahmen des im Sicherheitsrecht geltenden Opportunitätsprinzip⁸⁾ bleibt es der Behörde überlassen, zu entscheiden, ob sie tätig werden will oder nicht. Jedoch kann aus der Tatsache, daß die sicherheitsrechtlichen Vorschriften vorrangig im Interesse der Allgemeinheit erlassen sind und die Verwaltungsbehörde im Rahmen des Opportunitätsprinzips entscheiden kann, ob sie gegen das illegale Bauwerk vorgehen will, nicht geschlossen werden, daß der Nachbar in keinem Fall einen Beseitigungsanspruch besitzt, wenn er durch das illegale Bauwerk in seinen Rechten beeinträchtigt wird.⁹⁾ Die sicherheitsrechtlichen Bestimmungen können im konkreten Fall, über den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hinaus, auch den Interessen des durch das behördliche Eingreifen Begünstigten dienen.¹⁰⁾

Dabei muß jedoch streng zwischen den materiellen Normen des Baurechts, die wegen ihres nachbarschützenden Gehalts dem Nachbarn einen Abwehranspruch gegen die Verwaltungsbehörde geben, und den Normen,

7) So Hess.VGH Urt.v.6.5.1958 in BBauBl.1959/193.

8) Drews-Wacke, a.a.O.

9) Obermayer in Jus 1963, 112; a.A.Bettermann, a.a.O.; Menger in VerwArch 52(1961)S.104; Peters in DÖV 1965, 747, Anm. 35 a.

10) Bachof, a.a.O.S.130; Insoweit ist auch die Verneinung eines Individualanspruches unter bloßem Hinweis auf das geltende Opportunitätsprinzip nicht überzeugend.

die einen Anspruch auf Einschreiten gegen den Störer geben, unterschieden werden. Denn aus dem Anspruch, durch den die Verwaltungsbehörde verpflichtet wird, nachbarschützende Normen einzuhalten, ergibt sich kein Anspruch auf Beseitigung einer schon vorhandenen Beeinträchtigung. Es muß also getrennt untersucht werden, ob die sicherheitsrechtlichen Normen neben dem Allgemeininteresse auch den Schutz des Individualinteresses in der Weise zu übernehmen bestimmt sind, daß sich im Einzelfall ein klagbarer Individualanspruch auf Beseitigung des Bauwerkes ergeben kann.¹¹⁾

Dieser Grundsatz kommt auch in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts,¹²⁾ wonach dem Nachbarn ein Anspruch auf Beseitigung der Störung gegenüber der Verwaltungsbehörde zugestanden wird, nicht klar zum Ausdruck. Das Gericht geht davon aus, daß es grundsätzlich im Ermessen der Verwaltungsbehörde stehe, gegen einen baurechtswidrigen Zustand vorzugehen. Das Opportunitätsprinzip und die Ermessensfreiheit der Verwaltungsbehörde seien aber in der Weise eingeschränkt, daß bei Vorliegen einer erheblichen Störung und Gefährdung der nachbarlichen Interessen ein Nichteinschreiten der Behörde ermessensfehlerhaft erscheinen könne. Bei Vorliegen einer solchen erheblichen Störung könne deshalb "die rechtlich gegebene Ermessensfreiheit derart zusammenschrumpfen, daß nur eine einzige ermessensfehlerfreie Entschließung, nämlich die zum Einschreiten, denkbar sei und höchstens für das Wie des Einschreitens noch ein ausnutzbarer Ermessensspielraum der Behörde offenbleibe."¹³⁾

11) So Dörffler in NJW 1963/48; Bachof, a.a.O.S.129; Menger in VerwArch 59, 203; Ruckdäschel in DÖV 1961, 683; Baur in JZ 1962/73.

12) BVerwG.Urt.v.18.8.1960 in DVB1. 1961/125 ff.

13) A.a.O. S. 126.

Damit komme unter diesen besonderen Voraussetzungen der Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie EntschlieÙung der Behörde dem strikten Rechtsanspruch auf Vornahme einer bestimmten Amtshandlung seitens der Behörde gleich.

Im Ergebnis ist der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes zuzustimmen. Bedenklich ist jedoch, daß das Gericht einen Anspruch des Individuums auf eine ermessensfehlerfreie EntschlieÙung der Verwaltungsbehörde im Rahmen der rein sicherheitsrechtlichen Normen ohne nähere Untersuchung als gegeben voraussetzt und den Rechtsanspruch des Einzelnen auf Vornahme einer Amtshandlung nur davon abhängig macht, ob eine erhebliche Beeinträchtigung der durch die Rechtsordnung geschützten Interessen des Einzelnen vorliegt.¹⁴⁾

Ein Rechtsanspruch auf ermessensfehlerfreie EntschlieÙung kann sich jedoch nur als formell subjektiv-öffentliches Recht darstellen. Dieses Recht wird hinsichtlich der sicherheitsrechtlichen Normen jedoch nur zu bejahen sein, wenn sich aus diesen Vorschriften auch die Begünstigung des Einzelnen herleiten läßt und sich aus ihnen ein Rechtsanspruch auf ermessensfehlerfreies Tätigwerden der Behörde ergibt. Denn zwischen dem formellen und materiellen subjektiv-öffentlichen Recht bestehen nur quantitative, jedoch keine qualitative Unterschiede, so daß für beide Rechte ein Rechtssatz erforderlich ist, der den Individualinteressen ganz oder auch nur teilweise zu dienen bestimmt ist.¹⁵⁾

Daß die Generalklauseln der Polizeigesetze und die

¹⁴⁾ So auch die Kritik Bachofs zu dem Urteil a.a.O. S.130; vgl. auch Dörffler in NJW 1963/18 Anm.74.

¹⁵⁾ Vgl. Buschlinger in DÖV 1965/377.

einzelnen Spezialnormen der Baugesetze aus verfassungsrechtlicher Sicht ein formelles subjektiv-öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreies Tätigwerden gegenüber der Verwaltungsbehörde zu begründen vermögen, ist im Schrifttum überzeugend nachgewiesen worden.¹⁶⁾

Auch bei Anerkennung eines formellen subjektiv-öffentlichen Rechtes des Nachbarn auf ermessensfehlerfreie EntschlieÙung muß davon ausgegangen werden, daß der Anspruch des Einzelnen im konkreten Fall nicht weiter gehen kann als die entsprechende Verpflichtung der Verwaltungsbehörde, im Interesse des Einzelnen tätig zu werden. Dem Handlungsermessen entspricht es, daß sich nicht in jedem Fall bei einer Verletzung nachbarlicher Interessen durch das illegale Bauwerk ein Anspruch auf dessen Beseitigung ergeben kann. Insoweit ist es grundsätzlich der Behörde anheim gestellt, die geeigneten Maßnahmen nach ihrem Ermessen zu ergreifen. Nur wenn durch das illegale Bauwerk eine erhebliche Beeinträchtigung und Gefährdung des Lebens und der Gesundheit des Nachbarn eintritt, kommt das formelle subjektiv-öffentliche Recht im Ertebnis einem materiellen subjektiv-öffentlichen Recht auf Erlaß einer Beseitigungsanordnung gleich, da die Entscheidungsmöglichkeit der Behörde, ob sie tätig werden will oder nicht, im konkreten Fall "auf Null

16) Vgl. Bachof, a.a.O.; derselbe in Jellinek Gedächtnisschrift S.294; derselbe in Vornahmeklage S.84 ff.; Martens in Jus 1962/249; Buschlinger in DÖV 1965/375 ff.; König: Die Rechtsbehelfe nach dem Bay.Polizeirecht in DÖV 1957/329 ff.; Obermayer, a.a.O.S.112; Henke: Das subjektive Recht auf Eingreifen der Polizei in DVBl. 1964/649 ff.; F. Mayer: Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, in der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Heft 14 S.36; Schiedermaier: Einführung in das Bay.Polizeirecht 1961 S.246; vgl. aus der

reduziert ist."¹⁷⁾

Dieser mit der Verpflichtungsklage zu verfolgende Beseitigungsanspruch ist daher nicht davon abhängig zu machen, ob die Baugenehmigungsbehörde einen rechtswidrigen Dispens, der nachfolgend vom Verwaltungsgericht aufgehoben worden ist, erteilt hat oder der Bauherr über den Rahmen der Baugenehmigung hinaus eigenmächtig gebaut hat. So kann sich gerade bei ungenehmigten Bauten nach der besonderen Lage des Einzelfalles ein sicherheitsrechtlicher Beseitigungsanspruch ergeben.

Die Verwaltungsbehörde hat jedoch bei Erlaß ihrer Beseitigungsanordnung die allgemeinen Voraussetzungen polizeilichen Handelns gegenüber einem Störer zu beachten. Insbesondere kann die Forderung, das baurechtswidrige Vornaben zu beseitigen, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der anzuwendenden Mittel rechtswidrig sein.¹⁸⁾ Der Nachbar kann daher die Beseitigung des ganzen Bauwerkes nicht verlangen, wenn es nach der gesamten Struktur des Bauwerkes unmöglich ist, durch Wegnahme bestimmter Bauteile

Rechtsprechung: OVG Lüneburg in DÖV 1963/769;
BGH in DVBl. 1962/488; BVerwG in NJW 1961/1129;
OVG Bremen Urt.v. 14.2.1961 in DVBl. 1961/250 ff.

¹⁷⁾ So Wolff, VWR Bd. I § 31 II e S. 146 mit weiteren Nachweisen aus der Rspr.; BVerwG im "Bandsägenfall" a.a.O. S. 126; Die Argumentation des BVerwG ist insoweit neu, als die bestehenden Grundsätze erstmals auf sicherheitsrechtliche Normen angewandt werden; vgl. Schröer: Amtshaftung bei Gefahrenabwehr in DÖV 1962/132; vgl. auch schon den Hinweis Jellineks, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. S. 432 auf die Schädlichkeitsgrenze, "wo die anfängt, so schädlich zu werden, daß das Recht ein Einschreiten verlangt".

¹⁸⁾ Vgl. Mang-Simon, Komm. Anm. II 1 Rdnr. 5 zu Art. 100 BayBO, Anm. 5 zu Art. 78 BayBO.

einen genehmigungsfähigen Zustand zu erreichen.¹⁹⁾
Auch darf durch die Beseitigung kein Schaden entstehen, der mit dem angestrebten Erfolg in krassem Mißverhältnis stehen würde.²⁰⁾

Diese strengen Voraussetzungen des sicherheitsrechtlichen Beseitigungsanspruches werden jedoch nur in den seltensten Fällen gegeben sein, so daß die Aussichten auf eine erfolgreiche Klage als sehr gering angesehen werden müssen. Für die Beseitigung von ungenehmigten und über den genehmigten Umfang hinaus erstellten Bauvorhaben kommt im öffentlichen Recht allerdings nur dieser Beseitigungsanspruch in Frage. Für eine Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruches ist in diesen Fällen kein Raum.²¹⁾

2. Der Folgenbeseitigungsanspruch

Neben dem Beseitigungsanspruch auf Grund sicherheitsrechtlicher Vorschriften ist zu prüfen, ob dem Nachbarn ein Folgenbeseitigungsanspruch gegenüber der Baugenehmigungsbehörde zur Seite stehen kann, wenn diese eine rechtswidrige, weil nachbarschädliche Baugenehmigung erteilt hat und der Bauherr das Vorhaben schon ganz oder teilweise ausgeführt hat.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist im Schrifttum

19) Vgl. den Beschluß des BVerwG v. 29.9.1965 in BayVBl. 1966/58.

20) Vgl. dazu die Entscheidung des BayVGh Urt.v. 29.2.1960 in BayVBl. 1962, 23 f. (24); OVG Münster, Urt.v. 16.11.1964 in NJW 1965, 2422.

21) So Peters in DÖV 1965/746.

und in der Rechtsprechung anerkannt.²²⁾ Er ist darauf gerichtet, die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu beseitigen und die durch die Vollziehung entstandene Beeinträchtigung des Betroffenen auszuräumen.²³⁾ Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hat der Folgenbeseitigungsanspruch nicht erfahren. Vielmehr geht, wie aus dem Inhalt des § 113 Abs. 1 und 2 VwGO ersichtlich wird, die Verwaltungsgerichtsordnung von der Existenz dieses Anspruches aus, da nach diesen verfahrensrechtlichen Vorschriften das Gericht auf Antrag auch aussprechen kann, daß die bereits erfolgte Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes rückgängig zu machen ist. Der Folgenbeseitigungsanspruch findet seine positivrechtliche Grundlage in dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. III GG.²⁴⁾ Diesem Prinzip entspricht es, daß der Staatsbürger auch vor den Auswirkungen und Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Handelns geschützt wird. Die Verwaltungsbehörde ist also gehalten, die tatsächlichen Folgen ihres fehlerhaften Handelns zu beseitigen. Daraus ergibt sich,

22) Vgl. dazu Bachof, Vornahmeklage S. 98 ff.; Bettermann: Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch in DÖV 1955/528; derselbe in MDR 1957/130 ff.; Wolff, VWR Bd. I § 54 II; Forsthoff, VWR § 13 2 a; Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 18 zu § 42; Rdnr. 54 zu § 80; Scheuner: Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht in DÖV 1955/545 f. hinsichtlich Folgenbeseitigungsanspruch S. 549 f.; BVerwG v. 14.2.1962 in DÖV 1962/464 ff.; HessVGH v. 12.9.1962 in DÖV 1963/389; Württ-BadVGH in VerwRspr. 4 Nr. 15; OVG Münster v. 21.4.1964 in NJW 1964/1872; OVG Lüneburg v. 22.3.1962 in DÖV 1962/467 ff.

23) OVG Münster, a.a.O. S. 1872.

24) Vgl. Bachof, a.a.O. S. 128: "Fragt man nach der Grundlage für diese Deduktion, so meine ich, daß die in Art. 20 GG und in den Länderverfassungen enthaltenen Bestimmungen über die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausreichen sollten."

daß der Folgenbeseitigungsanspruch immer eine Folgenbeseitigungspflicht der Behörde voraussetzt und nur gegen sie gerichtet sein kann.²⁵⁾

Streitig ist jedoch, welcher Inhalt und Umfang dem Anspruch beizumessen ist. Während Bachof²⁶⁾ den Folgenbeseitigungsanspruch als Ausfluß des Entschädigungsrechtes ansieht, da sich der Anspruch auf Beseitigung der Folgen eines rechtswidrig vollzogenen Verwaltungsaktes seinem Wesen nach als ein Verlangen auf Schadloshaltung qualifiziere, hält ihn Bettermann²⁷⁾ für einen Störungsbeseitigungsanspruch bzw. quasinegatorischen Beseitigungsanspruch, der von dem allgemeinen Anspruch auf Wiedergutmachung scharf zu unterscheiden sei.

Bei der Folgenbeseitigung steht die Wiederherstellung des ursprünglichen, vor der Vollziehung bestehenden Zustandes im Vordergrund. Gerade im Baurecht kommt es dem Nachbarn darauf an, daß das störende Bauwerk beseitigt wird. Sollten einer Beseitigung zwingende Gründe entgegenstehen, so wird ihm erst dann an einer anderweitigen Ausgleichsregelung gelegen sein. Der Folgenbeseitigungsanspruch läßt sich daher mit Bettermann²⁸⁾ wie folgt umschreiben: " Wenn der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt in deren Ausübung jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, so hat er die Beeinträchtigung zu beseitigen und weitere Beeinträchtigungen zu un-

25) Vgl. Obermayer, a.a.O.S.113; daher kann auch, wie schon dargelegt, der Folgenbeseitigungsanspruch bei ungenehmigten Bauten keine Anwendung finden, da die Behörde die Beeinträchtigung nicht unmittelbar verursacht hat.

26) A.a.O.S.114; ebenso Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 55 zu § 80.

27) DÖV 1955/536; vgl. auch Scheuner, a.a.O.S.550; Menger in VerwArch. 59, 91.

28) A.a.O. S. 536; MDR 57, 131.

terlassen. Zur Beseitigung gehört die Wiederherstellung des vor der Beeinträchtigung bestehenden Zustandes, soweit sie möglich ist."

Als ein allgemeiner Anspruch auf Wiederherstellung des durch schuldlos rechtswidriges Verwaltungshandeln entstandenen Schadens kann der Folgenbeseitigungsanspruch nicht angesehen werden. Eine Folgenbeseitigungspflicht der Behörde besteht nur insoweit, als die entstandene Beeinträchtigung unmittelbar auf die Vollziehung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes zurückzuführen ist.²⁹⁾ Der Anspruch bildet nur die Kehrseite und das Korrelat zu dem vorangegangenen widerrechtlichen Verhalten der Behörde und kann daher nicht weitergehen, als das Verhalten ursächlich für das Zustandekommen der Beeinträchtigung gewesen ist.³⁰⁾ Weitere schädigende Folgen, die nicht unmittelbar durch das unrichtige Verwaltungshandeln entstanden sind, können nur unter dem Gesichtspunkt der Wiedergutmachung mit Schadensersatzansprüchen aus Amtspflichtsverletzung oder mit einem Anspruch aus Entschädigung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffes beseitigt werden.³¹⁾

Wegen Fehlens dieser unmittelbaren Verursachung will Schröer³²⁾ in diesem Fall den Anspruch ablehnen.

29) Vgl. OVG Hamburg in VerwRspr. 4, 42; VGH Stuttgart in DÖV 1957/217; OVG Münster in NJW 1964/1872; Bachof, Vornahmeklage S. 133; Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr. 57 zu § 80.

30) HessVGH in DÖV 1963/390.

31) So Bettermann, a.a.O.; OVG Münster, a.a.O. Über das Verhältnis des Folgenbeseitigungsanspruches zu den Schadensersatzansprüchen, vgl. Eyermann-Fröhler, a.a.O. Rdnr. 18 zu § 42; Bachof, Vornahmeklage S. 133 ff.

32) In DÖV 1966/230, 231 mit Kritik an der Entsch. des OVG Lüneburg in DÖV 1962/469.

Die Tätigkeit der Baugenehmigungsbehörde erschöpfe sich in der Erteilung der Baugenehmigung. Diese könne nicht von der Verwaltungsbehörde vollzogen werden, vielmehr entstehe die Beeinträchtigung erst durch die Bauausführung seitens des Bauherrn, auf die die Verwaltungsbehörde keinen Einfluß mehr ausüben könne. Der Realakt des Bauens sei nicht als bloße Umsetzung der Baugenehmigung als Formalakt anzusehen. Beide Vorgänge stellten keine tatsächliche und rechtliche Einheit dar.

Wenngleich eine tatsächliche Veränderung der Verhältnisse erst durch das Gebrauchmachen der Baugenehmigung durch den Bauherrn eintritt, ist zu bedenken, daß die Erteilung der rechtswidrigen Genehmigung, und nur sie, die Veränderung der bestehenden Verhältnisse ermöglicht. Die Baugenehmigungsbehörde schafft die rechtliche Grundlage, ohne die eine rechtswidrige Beeinträchtigung nicht denkbar ist. Die Erteilung der rechtswidrigen Baugenehmigung ist daher unmittelbar ursächlich für die Entstehung der Beeinträchtigung.

Eine Folgenbeseitigung ist weiterhin nur dann möglich, wenn der rechtswidrige Zustand nicht mehr legalisierbar ist und der belastende Verwaltungsakt noch nicht unwiderruflich oder unanfechtbar geworden ist. Als nicht mehr legalisierbar ist ein Zustand anzusehen, wenn durch keine andere Maßnahme als die Beseitigung des Bauwerkes die Beeinträchtigung des Nachbarn beseitigt werden kann.³⁴⁾ Die Verwaltungsbehörde hat daher zu prüfen, ob der baurechtswidrige Zustand nicht auch nachträglich durch die Erteilung

33) Vgl. Bachof in DVBl. 1961/129; Vornahmeklage S. 106/107.

34) Von diesem Grundsatz geht auch der Art. 100 BayBO aus, wonach die Beseitigung nur angeordnet werden kann, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können; vgl. auch BayVGH in BayVBl. 56/120; OVG Lüneburg in DÖV 1962/470.

eines Dispenses legalisiert werden kann. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der anzuwendenden Mittel sind nur solche Maßnahmen zur Beseitigung der Störung zulässig, die mit dem geringsten Opfer für alle Beteiligten verbunden sind.

Da der Folgenbeseitigungsanspruch die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahme zur Voraussetzung hat, kann er keine Anwendung finden, wenn der Verwaltungsakt unwiderruflich und unanfechtbar geworden ist.³⁵⁾ Die Unanfechtbarkeit kann insbesondere aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung eingetreten sein, so daß der Nachbar nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Beeinträchtigung hinnehmen muß.

Die Verwaltungsbehörde muß auch in der Lage sein, die zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes erforderlichen Mittel ergreifen zu können, wobei ihr die Entscheidungsfreiheit verbleibt, wie sie die entstandene Lage regeln will.³⁶⁾ Dabei stehen ihr die Ermächtigungen der einzelnen Bauordnungen zum Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände zur Verfügung.³⁷⁾

Schließlich dürfen der Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Gerade im Hinblick auf die Drittwirkung der Baugenehmigung erscheint die Durchführung der Folgenbeseitigung problematisch, denn die Belastung des betroffenen Nachbarn kann nur durch einen Eingriff in die Begünstigung des Bauherrn beseitigt werden. Damit stellt sich in diesem Rahmen die Frage

35) Vgl. Obermayer, a.a.O.S.114; Heintze in NJW 1963, 1431.

36) Vgl. Scheuner, a.a.O. S. 550.

37) Wegen der Zuständigkeitsfragen der handelnden Behörde, vgl. Obermayer a.a.O.

nach der Bedeutung und Erheblichkeit des Vertrauensschutzes für den Bauherrn.

3. Der Vertrauensschutz des Bauherrn

Ein materiell-rechtliches Hindernis kann der Anwendung des Folgenbeseitigungsanspruches entgegenstehen, wenn die Verwaltungsbehörde nicht mehr befugt ist, die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung, mag sie auch rechtswidrig sein, aufzuheben mit der Folge, daß sie auch die tatsächliche Umsetzung des Verwaltungsaktes in Form der Errichtung des Bauwerkes nicht mehr beseitigen kann. Es geht hierbei um das Problem, ob die von Rechtsprechung und Schrifttum³⁸⁾ entwickelten Grundsätze über die Aufhebung rechtswidriger, begünstigender Verwaltungsakte auch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung Geltung beanspruchen können.

Betrachtet man die in dem Verwaltungsakt gleichzeitig enthaltene Begünstigung und Belastung gesondert, so ergibt sich nach der heute überwiegenden Meinung, daß eine rechtswidrige begünstigende Maßnahme nach dem Grundsatz von Treu und Glauben regelmäßig rückwirkend nicht mehr aufgehoben werden darf, wenn der Begünstigte im Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes Vermögensdispositionen getroffen hat, die nachfolgend nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden können.³⁹⁾ In diesem

38) Vgl. BVerwG v. 18.10.1956 in DVBl. 1957/497; OVG Berlin v. 14.11.1956 in LVBl. 1957/503; BVerwG v. 29.8.1963 in NJW 1964/563; v. 24.8.1964 in DVBl. 1965/328.

39) Vgl. dazu Erning: Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und die Widerrufbarkeit des begünstigenden, mangelhaften Verwaltungsaktes in DVBl. 1960/188 ff. (193).

Fall wiegt das Vertrauen des Einzelnen auf den Fortbestand des Verwaltungsaktes stärker als das öffentliche Interesse an seiner Aufhebung. Auf der anderen Seite gilt hinsichtlich der Belastung jedoch der Grundsatz, daß rechtswidrige belastende Verwaltungsakte mit den zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen durch den Betroffenen angefochten werden können und nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aufzuheben sind.⁴⁰⁾

Bei der Baugenehmigung, die mit einem nachbarschädlichen Dispens erteilt ist, ergibt sich die Schwierigkeit, daß diese beiden Grundsätze miteinander kollidieren, ohne daß klar erkennbar ist, ob das Weiterbestehen der Begünstigung oder die Beseitigung der Belastung den Vorrang haben soll. Dieser Umstand führt dazu, daß die Ergebnisse in Lehre und Rechtsprechung bei der Beurteilung dieser beiden Positionen große Unterschiede aufweisen.

Danach wird die Ansicht vertreten, die Beseitigung der Belastung des Nachbarn müsse so lange den Vorrang gegenüber der Begünstigung des Bauherrn haben, als der Betroffene mit der Anfechtungsklage gegen den rechtswidrigen Verwaltungsakt vorgehen könne, da das Vertrauen auf den Bestand eines noch anfechtbaren Verwaltungsaktes nicht geschützt werden.⁴¹⁾

40) Vgl. Erning: Der Widerruf begünstigender, mangelhaften Verwaltungsakte mit Doppelwirkung in DVBl. 1960, 467 ff. (468) Anm. 11 mit weiteren Nachweisen.

41) So Haueisen in NJW 1964/2040 unter Berufung auf den § 39 EVerwVerfG 1963 (FuBn. 22 S. 182, wo es heißt: "Der Begünstigte verdient, da er mit der Einlegung von Rechtsbehelfen durch andere Personen oder Stellen rechnen muß, keinen Vertrauensschutz. Außerdem hat der Belastete den gleichen Rechtsschutz wie der Begünstigte;" so auch Pietzonka in BBauBl. 1958, 67, der die Grundsätze für den Bestand rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakte nur für einseitig begünstigende

Auch der BayVGH⁴²⁾ geht von dem Grundsatz aus, daß die Beseitigung der Belastung grundsätzlich den Vorrang vor der Aufrechterhaltung der Begünstigung habe.

Demgegenüber vertritt die entgegengesetzte Ansicht den Standpunkt, auch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung könne sich die Beseitigung der Belastung nur danach richten, ob die Voraussetzungen für eine Rücknahme der Begünstigung gegeben seien.⁴³⁾ Habe der Bauherr im Vertrauen auf den Bestand seiner Genehmigung mit der Bauausführung begonnen, so sei auf Grund der Schutzwürdigkeit der eingetretenen Position eine Beseitigung der Belastung zu verneinen.⁴⁴⁾

Beide Ansichten können jedoch bei konsequenter Anwendung zu unbilligen Ergebnissen führen. Betrachtet man den Schutz des Nachbarn in jedem Fall als vorrangig, so werden dem Bauherrn allein die Folgen angelastet, die sich daraus ergeben können, daß die Verwaltungsbehörde den betroffenen Nachbarn nicht rechtzeitig von der Dispensierung Kenntnis gegeben hat. Die Beseitigung eines bereits erstellten Bauwerkes würde in einem solchen Fall zu einer nicht vertretbaren Belastung des Bauherrn führen, da diesem nur

Maßnahmen gelten lassen will; so auch Erning, a.a.O.S.468 für den Fall, daß mit der Bauausführung noch nicht begonnen ist.

42) BayVGH, Urt.v.20.2.1961 (Mietpreisrecht) in VerwRspr.13/529 ff.(530).

43) Vgl. Redeker in NJW 1959, 749 ff., der davon ausgeht, daß die Baugenehmigung nicht mehr widerrufen werden könne, und daher die Verwaltungsbehörde durch das Aufhebungsurteil zu einer unmöglichen Verpflichtung verurteilt werde; vgl. auch Evers, Jus 1962, 90.

44) Vgl. Erning in DVBl.1960, 469, 470, danach soll Art.14 GG die Schranke für den Widerruf der Baugenehmigung bilden; vgl. auch Theuerkauf: Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteresse in DVBl.1964, 386 ff.(389).

die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruches nach § 839 BGB Art. 34 GG gegenüber der Behörde bleibt, der aber nur in seltenen Fällen begründet sein wird.

Auf der anderen Seite kann die eindeutige Bevorzugung des Bauherrn zu einer ebenso großen Belastung des Nachbarn führen. Verneint man im Hinblick auf den Eigentumsschutz des Art. 14 GG die Möglichkeit einer Rücknahme der noch anfechtbaren Baugenehmigung, wenn sich der Bauherr im Vertrauen auf den Bestand der Genehmigung "eine bereits eigentümerähnliche Position erdient" hat,⁴⁵⁾ so ist dies nur unter Aufhebung der Eigentumsgarantie für die Rechtssphäre des Nachbarn möglich.

Eine befriedigende Lösung der auftretenden Interessenkollision ist nur möglich, wenn man nach der Lage des Einzelfalles die Interessen des Bauherrn gegen die des Nachbarn abwägt.

Hat der Bauherr bei Erhebung der Anfechtungsklage noch nicht mit der Bauausführung begonnen, so wird die Baugenehmigung bei einer Beeinträchtigung des Nachbarn immer aufzuheben sein. Eine konsequente Anwendung des § 113 Abs. 1 VwGO führt in diesem Fall zu keinen unbilligen Ergebnissen.

Beginnt der Bauherr trotz Kenntnis des Anfechtungsrechtes mit der Bauausführung, so muß nach erfolgreicher Anfechtungsklage ein Folgenbeseitigungsanspruch durchgreifen. Hier kann dem Bauherrn kein Vertrauensschutz zugebilligt werden, insbesondere führt die Erzwingung der Begünstigung durch die Schaffung vollendeter Tatsachen nicht zu einer Schutzwürdigkeit der eingetretenen Sachlage.

Hat der Bauherr im Vertrauen auf den Bestand seiner Genehmigung vor Eintritt der Unanfechtbarkeit mit

45)Erning a.a.O.

der Bauausführung begonnen, so kann der Widerspruch zwischen Nachbarschutz und Vertrauensschutz de lege lata nur nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gelöst werden.⁴⁶⁾ Dem Nachbarn hier generell einen Beseitigungsanspruch zu verwehren, würde bedeuten, ihm den Eigentumsschutz des Art. 14 GG zu verweigern, auf den gerade der Bauherr sich beruft.⁴⁷⁾ Es ist daher abzuwägen, ob das schutzwürdige Interesse des Nachbarn an der Aufhebung der Genehmigung und der Beseitigung des Bauwerkes höher bewertet werden muß, als das Interesse des Bauherrn an dem Fortbestand der Begünstigung. Dabei ist von den tatsächlich bestehenden Verhältnissen, insbesondere dem Grade der Beeinträchtigung, auszugehen.

4. Die prozessuale Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruches

Zur gerichtlichen Durchsetzung der Folgenbeseitigung ist allein der Verwaltungsgerichtsweg eröffnet.⁴⁸⁾ Da die Verwaltungsbehörde verpflichtet werden soll, die Sach- und Rechtslage wieder herzustellen, die vor dem Erlaß des rechtswidrigen Verwaltungsaktes bestanden hat, begehrt der Kläger die Verpflichtung zu einem hoheitlichen Handeln.⁴⁹⁾ Die Folgenbeseitigung ist

46) So auch Peters a.a.O.S.753.

47) Gegen die Ansicht von Erning, a.a.O. spricht, daß gerade dem Nachbarn der Schutz des Art. 14 GG zusteht, da der Bauherr in die bestehenden Verhältnisse eingreift. Insoweit ist es fraglich, ob die Position des Bauherrn durch Art. 14 GG geschützt wird, da sie unter Verstoß gegen diese Vorschrift entstanden ist.

48) HessVGH v.12.9.1962 in VerwRspr.15/884 ff.(886): GBH in DVBl.1956/95; Wolff, VWR I § 54 II 3.

49) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO Rdnr.21 zu § 42 und Rdnr.94 zu § 40.

als die Kehrseite⁵⁰⁾ des rechtswidrigen Verwaltungsaktes anzusehen. Das Tätigwerden zum Zwecke der Beseitigung muß dann folgerichtig wiederum ein hoheitliches Handeln darstellen.

Streitig ist jedoch, welche Klageart für die Durchsetzung des Anspruches in Frage kommt. Für die Beurteilung der Klageart ist entscheidend, welches Ziel der Kläger verfolgt. Begehrt er den Erlaß eines Verwaltungsaktes, so ist die Verpflichtungsklage anzunehmen, beantragt er jedoch die Verurteilung des Beklagten zu einer anderen Leistung, so liegt eine allgemeine Leistungsklage vor. Nach der jeweiligen rechtlichen Qualifizierung der Folgenbeseitigung richtet sich demnach die zu wählende Klageart.

Der Nachbar erstrebt mit seiner Klage die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß einer Abbruchsverfügung. Diese Verfügung ist als ein Verwaltungsakt anzusehen, der die Wiederherstellung des früheren Zustandes zum Gegenstand hat. Der Kläger muß daher zur Verfolgung seines Beseitigungsanspruches mit der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO gegen die Verwaltungsbehörde vorgehen.⁵¹⁾ Dabei kann es, entgegen der Ansicht des OVG Lüneburg,⁵²⁾ nicht darauf ankommen, daß der Kläger den Erlaß eines Verwaltungsaktes an einen Dritten und nicht an sich selbst erzwingen will. Entscheidend ist vielmehr, daß die Be-

50) Vgl. Bachof, Vornahmeklage S. 107 Anm. 3; BVerwG v. 20.3.63 in DVBl. 1963/677: Die Folgenbeseitigung ist auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes mit hoheitlichen Mitteln gerichtet.

51) Vgl. Obermayer in Jus 1963/115; Eyermann-Fröhler, VwGO a.a.O.; Bachof a.a.O.; OVG Hamburg v. 11.2.1957 in VerwRspr. 10/226, 227; OVG Münster, Beschluß v. 28.1.1954 in MDR 1954/444; Klinger VwGO Anm. F zu § 80.

52) Urt. v. 24.9.1954 in DVBl. 55/32.

seitigung der Beeinträchtigung nur durch den Erlaß einer Abbruchsverfügung geschehen kann. Das Gesetz bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Verwaltungsakt nur gegen den Kläger gerichtet sein kann. Entscheidend ist vielmehr, daß der Kläger durch die rechtswidrige Nichtvornahme des beantragten Verwaltungsaktes in seinen Rechten beeinträchtigt wird.⁵³⁾

Die Anwendung der allgemeinen Leistungsklage ist für die Fälle geeignet, in denen die Durchsetzung der Folgenbeseitigung nicht den Erlaß eines Verwaltungsaktes erforderlich macht. Für die Durchsetzung des dem Nachbarn zustehenden Anspruches ist jedoch die Abbruchsverfügung der Behörde gegen den Bauherrn unabdingbare Voraussetzung. Er muß daher mit der Verpflichtungsklage gegen die Behörde vorgehen.⁵⁴⁾

Wegen des unmittelbaren Zusammenhanges zwischen dem Folgenbeseitigungsanspruch und der Anfechtungsklage des Nachbarn kann der Anspruch auch im Rahmen der Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Der Kläger braucht nicht erst den Eintritt der Rechtskraft des Aufhebungsurteiles abzuwarten, um dann nachträglich mit der Verpflichtungsklage den Erlaß einer Abbruchsverfügung durchzusetzen.⁵⁵⁾ Dabei muß allerdings scharf zwischen dem auf die Anfechtungsklage hin ergehenden Gestaltungsurteil und der materiellen Verpflichtung der Behörde zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes unterschieden werden.⁵⁶⁾ Die Ver-

⁵³⁾ BayVGH Urt.v.20.10.1960 in BayVB1.61 58; Württ-BadVGH v. 5.3.1954 in VerwRspr.9 50 ff. (506).
OVG Münster v. 29.7.1954 in DVB1. 1954 781.

⁵⁴⁾ A.A. Ule, a.a.O. Vorbem. II zu § 42 VwGO m. w. Nachw. aus der Rspr.; Redeker-von Oertzen, VwGO Rdnr.98,99 zu § 42.

⁵⁵⁾ Vgl. dazu die Begründung Bachofs in Vornahmeklage S. 146, 147.

⁵⁶⁾ Bachof, a.a.O. S. 139.

urteilung zur Folgenbeseitigung setzt daher auch einen besonderen Antrag des Klägers voraus, kann also niemals von Amts wegen erfolgen. Die Möglichkeit der Verbindung dieser beiden Klagen wird auch in § 113 Abs. 2,3 VwGO vorausgesetzt.

L e b e n s l a u f

Am 30. Juli 1939 wurde ich als erster Sohn der Eheleute Wilhelm und Alwine Meyer, geb. Rüweler, in Paderborn geboren.

In Borgholzhausen besuchte ich vier Jahre lang die Volksschule und anschließend neun Jahre das Helmholtz-Gymnasium in Bielefeld.

Nach dem Abitur im Jahre 1960 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Im vierten Semester wechselte ich zur Ludwig-Maximilians-Universität nach München, wo ich nach dem achten Semester am 17.7.1964 das Referendarexamen ablegte.

Seit dem 24.8.1964 bin ich Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk München. Im Zuge der Referendarausbildung bin ich zur Zeit dem Bayerischen Verwaltungsgericht in München zugeteilt.

